This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Acerca de este libro

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

Normas de uso

Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

Asimismo, le pedimos que:

+ *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.

+ *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.

+ *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.

+ *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

Acerca de la Búsqueda de libros de Google

El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página `http://books.google.com`

KELLOGG, EMERY, INNESS-BROWN & CUTHELL
120 BROADWAY, N. Y.

LOC
GB
190
t.2

49

ESTUDIOS

SOBRE EL

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL VENEZOLANO

DEL DOCTOR

RAMON F. FEO

ABOGADO DE LA REPUBLICA.

MIEMBRO QUE FUE DE LAS COMISIONES REDACTORAS DE LOS CODIGOS CIVIL Y DE PROCEDIMIENTO CIVIL EN 1873: DE LA REVISORA DE LOS MISMOS EN 1880; Y QUE PRESIDIO LA REVISORA DECRETADA EN 1895.

TOMO SEGUNDO

CARACAS

TIPOGRAFIA GUTTENBERG.—SOCIEDAD Á SAN FRANCISCO NUMERO 4

1905

PRÓLOGO

Cuando apenas nos iniciábamos en el foro—y esto va quedando remoto—ya el nombre del doctor Ramón F. Feo sonaba tan alto como los de Cadenas Delgado, Michelena, Reyes Piñal, Sanojo y Diego B. Urbaneja, graduados de maestros peritísimos de la esgrima jurídica, no sólo en el círculo forense, sino en el más dilatado de la opinión pública.

Es, pues, con cierto temor reverencial que nos hemos determinado á colocar algunas frases de encabezamiento al segundo volumen de estos « Estudios », como con su genial modestia llama el autor la importantísima obra que está llevando á término feliz, sobre nuestro Derecho Judiciario.

Siguiendo el orden del Código, entra ahora el autor en la materia del Juicio Ordinario. Expone y explica todos sus estados, desde su comienzo por la demanda hasta su fenecimiento por la ejecución de la sentencia; planteando y resolviendo las cuestiones que se han suscitado en nuestros tribunales, con aquella maestría del asunto, que dejó ya acreditada al aparecer el primer tomo de su obra; y que se le ha reconocido aun en el Extranjero en donde han sido calificados dichos Estudios, por un reputado jurisconsulto italiano, de « monumento jurídico ».

En la interpretación de las leyes patrias, el comentador indígena merece la principal atención para los que por oficio han de alegarlas ó aplicarlas. Esto no es desconocer que hayamos basado nuestras leyes en las de otros pueblos, y que no se deba, al mismo tiempo, buscar su mente en los comentadores extranjeros; sino que, conviene recordar, que no las hemos reproducido fotográficamente. Es una ilusión del punto de vista, lo que aseguran muchos respecto de nuestras instituciones, calificándolas de extranjeras. En el Derecho, como en los otros ramos del saber, el patrimonio científico humano, se ha venido formando en siglos con el aluvión intelectual de infinidad de pueblos y de razas; es por tanto, un acervo común, y el país que toma de allí, nada exótico, ni forastero toma, sino lo que es también suyo propio; á semejanza de ciertos herederos del derecho romano que al repartir la herencia del antecesor, no sucedían á éste, sino que en cierto

modo, se sucedían á sí mismos, porque se los miraba como condueños del patrimonio familiar.

Eso hicieron nuestros legisladores: casi siempre trasladan el modelo en su misma veste; lo que no amerita censura, por cuanto al proceder así, se acomodan á la regla de buen sentido, que considera pueril ensayar una nueva fórmula, si ya se inventó una que corresponde con perspicuidad al concepto que se quiere representar. No por esto han desatendido éllos las circunstancias locales, cada vez, que éstas exigían alguna regla ó modificación para su respeto; atentos á los usos del país y á los precedentes establecidos por la jurisprudencia nacional. En corroboración, podrían citarse disposiciones y definiciones vertidas á nuestros Códigos con los propios términos originales, que por su combinación necesaria con alguna de aquellas reglas legales surgidas de nuestro medio, no conservan al ser nacionalizadas por los legisladores venezolanos, según la mente de éstos, todos los caracteres jurídicos de la procedencia, ni por consiguiente, los mismos efectos en su aplicación por nuestros tribunales.

Hace el objeto de estos comentarios el texto del Código de Procedimiento Civil sancionado en 1897. (*)

Por informes del autor sabemos que estaba terminado su trabajo, y contratada la impresión del primer Tomo, cuando se sancionó el que ahora rige, en el cual se han introducido reformas, algunas, á nuestro juicio, poco meditadas. El autor les hace cumplida justicia en el Apéndice.

Entre esas reformas, se destaca por su importancia grande, la que se refiere á la no comparecencia del demandado al acto de la litis contestación.

Nuestro comentador al ocuparse en la discriminación del artículo 285 del Código de 1897, el cual contiene toda nuestra teoría tradicional sobre el punto, se hace cargo de los argumentos que algunos juristas, entre ellos Sanojo, aducían para sostener que faltando el demandado al acto de contestación y declarádosele confeso, no podía ya ser admitido á probar la extinción del derecho ó su liberación de la obligación cuyo reconocimiento se le exigía, sino que nunca existieron tal derecho ú obligación. Semejante discusión, había venido siendo hasta ahora meramente académica. Nunca los tribunales venezolanos, como los tribunales españoles y demás extranjeros, entendieron los efectos de la incomparecencia en el sentido que con tanto vigor lógico refuta el Doctor Feo, y que, no obstante, acogió el legislador novel.

La reforma esa, es casi una vuelta á la *contumacia* de la p mera mitad de los siglos medios. Aunque muy atenuada en l

[*] Es de notar, que en el Apéndice y en alguna otra parte de la obra, dice el doc Feo, Código de 1895, refiriéndose no á la fecha de su promulgación, que fué en 1897, no á la de su elaboración por la Comisión Revisora nombrada en aquel año, de 1895.

legislaciones modernas, conserva todavía rasgos de su abolengo feudal. En las ideas del tiempo era rebeldía punible no acudir á la cita del Señor ó de quien lo representaba en *su justicia*. Hoy, quien cita, en la verdad de las cosas, no es el Juez, es el demandante. Si el demandado no acude, no se rebela contra la autoridad, no agravia á nadie; usa de un derecho, y tiene, aunque le haya vuelto las espaldas al actor, el de que éste pruebe su pretensión en todo caso. Así lo disponían las leyes romanas. El demandante estaba obligado á probar los fundamentos de su acción, estuviese ó no presente el reo en la instancia. Eso es lo único racional, y por ende, lo único justo.

Naturalmente, nuestro autor detiene su atención más profundamente sobre aquellas materias en las cuales han surgido, de poco tiempo acá, dudas sobre la recta interpretación de algún texto, ó sobre algunas que pueden decirse nuevas, como la del recurso de casación. De éste muy poco pudo decir el ilustradísimo Sanojo, ya que en su tiempo fué que se sancionó la primera Ley, por cierto bien imperfecta, sobre esta importante institución judicial.

El doctor Feo hace un detenido examen del tema: lo considera bajo todos sus aspectos, y con la experiencia consumada en el estudio del funcionamiento del recurso que le ha dado su larga práctica ante la propia Corte de Casación, esclarece los principios fundamentales que lo informan, resuelve las cuestiones que se desprenden de aquellos, con su habitual lucidez, y pone así, en manos de jueces y de abogados, un criterio seguro para la resolución de las varias dificultades que entraña una institución en que nuestros legisladores anteriores, no tuvieron siempre por guía las doctrinas aceptadas en la actualidad por la ciencia. El trabajo del doctor Feo sobre este tema es completo; con el mérito de estar resumido en pocas páginas.

Ponemos punto, felicitando efusivamente al Maestro de todos los que trajinamos por las aulas del Palacio de Justicia: al experto jurisconsulto, cuya palabra, tenida siempre en mucha cuenta para la interpretación de nuestras leyes, oimos con reflexiva atención por ir en ella, de ordinario, envuelta la mente del legislador patrio. Que no en vano se pasa medio siglo de vida entre las luchas del pretorio y la meditación del texto legal y los libros sabios que lo explican; y no en vano se recibe varias veces el alto encargo—que los antiguos reservaban á los dioses—de decir, por la República, el Derecho en nuestros Códigos.

Manuel Clemente Urbaneja.

Caracas: 14 de julio de 1905.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

LIBRO SEGUNDO

JUICIO ORDINARIO

TITULO I

DEMANDA, EMPLAZAMIENTO, CONTESTACION Y CONCILIACION

SECCION 1.ª

Demanda y Emplazamiento.

Art. 238. Las cuestiones que se susciten entre partes en reclamación de algún derecho, se ventilarán en juicio ordinario, si esas cuestiones no tienen pautado procedimiento especial.

Art. 239. Atendiendo á la cuantía se seguirán en juicio ordinario las demandas cuyo interés calculado según el Título sobre fuero competente, exceda de cuatrocientos bolívares.

Si por la naturaleza del objeto, no estuviere fijada ó calculada la cuantía, se estimará prudencialmente en la demanda.

Art. 240. El juicio ordinario principiará por demanda, que se pondrá por escrito.

Art. 241. En el libelo de demanda se expresarán, sin abreviaturas, el nombre, apellido y domicilio del demandante, el carácter con que se presenta, el nombre, apellido y domicilio del demandado

y el carácter con que se le demanda, si no lo fuere personalmente, el objeto de la demanda, y las razones y documentos en que se funde.

La cosa que es objeto de la demanda debe determinarse con precisión, indicando su situación y linderos, si es inmueble; las marcas, colores ó distintivos, si es semoviente; los signos, señales y particularidades que puedan determinar su identidad, si es mueble; y los datos y explicaciones necesarios, si se trata de derechos ú objetos incorporales.

Art. 242. El documento en que se funde la demanda, esto es, el de que se derive inmediatamente la acción deducida, deberá ser producido con el libelo.

Art. 243. No podrán acumularse en una misma demanda acciones que se excluyan mutuamente, ó sean contrarias entre sí; ni las que por razón de la materia no correspondan al conocimiento del mismo tribunal que ha de conocer de la principal; ni aquellas cuyo procedimiento legal sea incompatible con el del juicio ordinario.

ESTUDIO 78.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los cuatro primeros artículos son iguales á los 181, 182, 183 y 184, del Código de 80, que lo son también á los 178, 179, 180 y 181 del Código de 73; pero el aparte del 241 es agregado en la última reforma y los dos últimos 242 y 243 son nuevos.

El artículo 1°, ley II, título 1° Código de 38 decía «Todo el que intente una demanda civil cuyo interés en su acción principal exceda de cien pesos deberá proponerla por escrito ante el tribunal que por razón de la cuantía determinaren las leyes orgánicas de tribunales. La ley de procedimiento civil de Colombia, de 1825, en sus artículos 17, 47 y 76 fija la misma cuantía de cien pesos arriba para las demandas por escrito, y el 49 exige que en el libelo se refiera sumariamente la causa y procendencia de la acción, los hechos y fundamentos en que el autor apoya su intención, y que exprese clara y terminantemente el objeto de su demanda.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 40. tit. 2º Part. 3ª Libellus* en latin tanto quiere decir como demanda fecha por escrito. E esta es una de las maneras porque se puede fazer. E la otra es por palabras. Pero la mas cierta es la que por escrito se faze; porque non se puede cambiar nin negar como la otra. Mas en cualquiera demanda para ser fecha derechamente, deven ser y catadas cinco cosas. La primera, el nombre del Juez ante quien debe ser fecha. La segunda el nome del que la faze. La tercera el de aquel contra quien la quieren fazer. La cuarta, la cosa, ó la quantía ó el fecho que demanda. La quinta, porque razon la pide. Ca seyendo todas estas cosas puestas en la demanda, cierto puede el demandado saber por ellas, en que manera deve responder. E otro sí el demandador sabrá mas ciertamente que es lo que ha de provar. E so todo tomará apercibimiento el Juez para ir adelante por el pleyto derechamei E como quier que á los omes entendidos cumplia assaz esto que sobre cho es, porque otros muchos y avría que lo non entenderían, querei mostrar cierta manera de como se deve fazer la demanda por escrito ó palabra. E es esta: que el demandador quando fuere antel Juez deve de Ante vos, Don Fulan, Juez de tal logar, yo tal ome me vos querell

Fulano que me deve tantos maravedís que le presté; onde vos pido que le mandades por juyzio que me los dé. E esta manera misma deven tener todas las otras demandas que se fazen en juyzio, mudando las razones, segun fuere la natura de las cosas que quiere demandar.

Ley 45 tit. 2º Part. 3ª Escrito tovieron los antiguos por bien que fuesse fecha toda demanda que oviesen á fazer de diez maravedis arriba, ó de cosa que los valiesse. . . . .

Ley 15 tit 2º Part 3ª Catar deve el demandador non tan solamente á quien faze su demanda en juyzio así como en estas leyes diximos, más aun que cosa es aquella que quier demandar. E primeramente si es mueble ó rayz. E después desso, si quier por su demanda aver el señorío della, ó la tenencia, ó si quier razonarla por suya. O si quier demandar la posseción della tan solamente. O si pide enmienda de daño, ó de tuerto, ó de deshonra que haya recebido en sí mismo, ó en lo suyo, ó alguna otra cosa señalada quel devan dar ó facer. Ca si la cosa quisiere demandar por suya, é fuere mueble é viva, assi como . . . . cavallo ó mula ó otra animalía, deve desir de que natura es, é qué color ha. E si fuese pieza de oro ó de plata, ó otra cosa semejante, de aquellas que se suelen pesar, deve decir el peso della. E si fuere lavor que sea fecha de mano de ome, assi como vaso ó escudilla de plata, devela nombrar, ó si es aver monedado conviene que diga de qual metal es, e la quantía dello. E si fuesse trigo, ó cebada, ó vino ó aceite ó alguna de las otras cosas que se suelen medir, deve decir de qual natura es, e la medida de dello. E si es seda, ó lana ó lino para labrar, deve decir la quantía del peso. E si fueren paños texidos, que non sean bajados etc . . . . . Mas si demandase arca ó maleta ó saco cerrado con llave ó sellado que oviesse dado á alguno en guarda, e lo razonasse por suyo, non es tenudo el demandador de decir señaladamente las cosas que son dentro en ella . . . . . Esso mismo decimos que deve ser guardado en todas las otras cosas semejantes destas . . . . . Pero si aquel que face la demanda sobre la cosa que se suele medir ó pesar, dixere por su jura, que non sabía nin se acuerda ciertamente de la quantía del peso ó de la medida, bien puede el juez rescebir su demanda maguer non diga señaladamente quanto es . . . . . .

Ley 25 tit 2º Part. 3ª Campo ó viña ó casa ó otra cosa cualquier de aquellas que son llamada rayz, queriendo alguno demandar en juyzio por suya deve decir señaladamente en qual logar es, e nombrar los mojones e los linderos della. Esso mismo decimos que deve fazer si la demandasse por razon que otro gela oviese empeñada e non la tuviesse en su poderío . . . . . Pero mucho se deve guardar el demandador quando la cosa demanda por suya, quier sea mueble ó rayz, que si sabe la razon porque ovo el señorío della, assi como por compra, ó por donadío, ó por otra manera cualquier, que aquella ponga en su demanda. . . . .

Derecho Romano.—Nihil aliud est actio quan jus quod sibi debeatur, judicio persequendi *L. 51. tit 7. lib. XLIV. D.*

Obligamus aut rè, aut verbis, aut simul utroque, aut concensu, aut lege, aut jure honorario, aut necesitate, aut ex peccato. *L. 52. tit 7. lib is D.*

Qua quisque actione agere valet, eam edère debet, nam æquissimus videeum qui acturis est, edere actionem; at proinde sciat reus utrum cee aut contendere ultra debeat: et si contendendum putat, veniat instrutus ad agendum cognita actione, qua conveniatur. *L. 1º tit. 13 lib 2 D.*

Acción no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que á uno se e.

Nos obligamos ó por la cosa, ó por palabra, ó por convenio, ó por la ley or derecho honorario, ó por la necesidad, ó por falta.

El que pretende poner demanda debe exhibir su acción, porque es muy justo que la manifieste el que pide para que por ella conozca el reo si debe ceder ó litigar, y si juzga que ha de litigar, venga instruido para defenderse, vista la acción con que es reconvenido.

Pothier en el *Lib. 44, tit. 7.* de Las Pandectas trata de las acciones en general, las define y divide y trata de su concurrencia.

Y como puede importar á alguno conocer la doctrina romana, que nos sería imposible traer aquí, sobre todas las demás de que se ocupa el derecho romano, expresaremos las citas sobre todas ellas tomadas del mismo *Pothier*.

Acción de las cosas sustraidas por la esposa. *Lib. 25 tit. 20*

Acciones faviana y calviciana en fraude del patrón. *Lib. 38, tit. 5.*

Acción contra los que se oponen á la inhumación de un muerto y á la construcción de una tumba. *Lib. 2, tit. 8,* § 1º

Acción en reparación de daño causado por un esclavo ó un animal. *Lib. 9, tit. 1º*

Acción de hecho contra un juez que se pretende haber juzgado mal. *Lib. 50, tit. 13, parte 2ª nº 11.*

Acción funeraria. *Lib 11, tit. 7, sec. 2ª art. 1º nº 34.*

Acción en repetición de una cosa dada por una causa que no ha tenido lugar. *Lib. 12, tit. 4.*

Acción en repetición de una suma indebidamente pagada. *Lib. 12, tit 6.*

Acción dada al que se ha obligado ó pagado sin causa. *Lib. 12, tit. 7.*

Acción en repetición de cosa robada. *Lib. 13, tit. 1º*

Acción derivada de alguna ley particular. *Lib. 13, tit. 2.*

Acción por toda especie de prenda y por toda otra cosa de plata. *Lib 13, tit. 3.*

Acción por las cosas que deben ser dadas y entregadas en un lugar cierto. *Lib. 13, tit. 4.*

Acción de constituto. *Lib. 13, tit. 5, sec. 2, nº 12.*

Acción de *rei uxoriæ* ó en restitución de dote. *Lib. 24, tit. 2, parte 2ª*

Acción dada á los legatarios y fideicomisarios. *Lib. 30, 31 y 32, tit 1. 2 y 3, parte 3ª, sec. 3ª, nº 290.*

Acciones activa y pasiva de la locación. *Lib. 19, tit. 2, parte 2, nº 14.*

Acción de la ley Aquilia. *Lib. 9, tit. 2, sec. 1ª, nº 30.*

Acción llamada *receptí* contra los capitanes de buques y dueños de hoteles por los hechos de sus *preposés*. *Lib. 4. tit. 9,* § *2 y 4.*

Acción de la mala fé. *Lib 4, tit. 3, art. 2, nº 19.*

Acción de partición de herencia y de cosa común, llamadas dob[illegible] *Lib. 10, tit. 2 y 3.*

Acción de peculio. *Lib. 15.*

Acción de petición de herencia. *Lib. 5, tit. 3, art. 1º, sec. 1ª, art. 2,* §

Acciones confesoria y negatoria. *Lib. 3, tit. 5.*

Acción por inoficioso testamento. *Lib. 5, tit. 2, art. 2,* § *2, nº 24.*

Acción de lo empleado en provecho de otro á falta de la de peculio. *Lib. 15, tit. 3.*

Acción que nace del orden de contratar. *Lib. 15, tit. 4.*

Acciones directa y contraria de mandato. *Lib. 17, tit. 1º, sec. 1ª y 2ª, nº 23 y 41.*

Acciones directa y contraria de depósito. V depósito. *Ssc. 2, art. 1, nº 16.*

Acciones de la sociedad. *Lib. 17, tit. 2, sec. 3ª. nº 30.*

Acciones redibitoria y estimatoria. *Lib. 21, tit. 1º, sec. 1ª, nº* 3.

Acción exercitoria. *Lib. 14, tit. 1º*

Acción directa y contraria de la gestión de negocios. *Lib. 3, tit. 5, 2ª parte, sec. 1ª y 2ª, nº 36 y 53.*

Acción contributoria. *Lib. 14, tit. 4.*

Acciones noxales. *Lib. 9, tit. 4.*

Acciones de la tutela de cuentas fraudulentas y de la curatela. *Lib. 27, tit. 3.*

Acción contraria y acción útil de la tutela y de la curatela. *Lib. 27, tit. 4.*

Acción contra los magistrados que han dado los tutores etc. *Lib. 27, tit. 8.*

Acciones de la compra-venta. *Lib. 19, tit.* 1º

Acciones que nacen de las estipulaciones. *Lib. 45, tit. 1º, part. 4.*

Acciones llamadas *prescriptis verbis. Lib. 19, tit. 5.*

Acciones del robo. *Lib. 47, tit: 2, sec. 3ª, art. 1º*

Acción dada por sustracción ó daño por un libertado en testamento. *Lib. 47, tit. 4.*

Acciones populares. *Lib. 47, tit. 23.*

Acciones públicas. *Lib. 48, tti. 1º*

EXPLICACIONES.

Materia del Lib. Seg. Después de haber establecido el Código en su Libro Primero las disposiciones generales aplicables á todos los juicios y procedimientos judiciales, se contrae en este Segundo al juicio ordinario, que viene á ser nuestro tipo principal. De modo que vamos ahora á estudiar toda la tramitación que constituye el juicio civil ordinario, dejando ya establecidos y explicados aquellos actos y procedimiento que deben y pueden formar partes de el, según el modo de proceder.

Regla general sobre juicio ordinario. La primera disposición con que nos en-ramos nos advierte desde luego que existen tramitaciones especiales para os asuntos distintos de los que son materia del juicio ordinario. De ellas ocupa luego el Libro Tercero. Pero la regla queda aquí establecida de mo-claro y sencillo: en juicio ordinario se ventila toda cuestión entre partes, no tiene establecida en la ley una tramitación especial.

Definamos, pues, el juicio, para entrar después en sus divisiones y dis-ones.

Definición y divisiones del juicio. Juicio, según los canonistas, es la legíti-

ma discusión de un negocio entre las partes, ante Juez competente que la dirige y determina definitivamente. *Legitima rei controversæ apud judicem inter litigantes tractatio seu diceptatio et dijudicatio.*

Por la *materia* será pues el juicio, civil, mercantil, criminal, militar, etc, según el asunto que forma su objeto.

Conformándonos á las disposiciones de este Código, y siguiendo el sistema de los autores, podemos dividir el juicio civil, en cuanto á la *forma*, en *ordinario* y *especial*, según se observen en el las reglas establecidas aquí para el juicio ordinario, que es el de mayor cuantía, ó bien hayan de observarse los procedimientos especiales del Libro Tercero, en aquellos asuntos para los cuales han sido dictados: en *plenario* y *sumario*, designándose con aquél nombre al mismo ordinario en que las formas establecidas son las más ámplias, los lapsos los más largos, los recursos los más libres, que otorga nuestro derecho procesal; y con el de *sumario* al juicio que por su brevedad y rapidez sólo requiere trámites y lapsos más cortos, y mayor estrechez en los recursos ordinarios, como en los interdictos posesorios y prohibitivos, y en el juicio de alimentos en ciertos casos: finalmente en *escrito* ó *verbal*, según se comience por un libelo ó escrito y se siga también por peticiones escritas ó diligencias que escribe el Secretario por dictado de las partes; ó bien se inicia y sigue por solicitudes orales, que hace constar el Juez, lo mismo que los actos y decisiones, en actas concisas que resumen todo lo sustancial, como algunos juicios de desocupación de casas y los de menor cuantía. Así, el juicio *ordinario* es *plenario* y *escrito:* los juicios especiales son *escritos*, algunos de ellos *plenarios* y otros *sumarios*; y los juicios *verbales* vienen á ser *sumarios*.

Por razón de los litigantes se divide el juicio civil en *sencillo* y *doble*. En el primero, por su naturaleza misma están deslindados hasta el fin los caracteres ó personalidades de demandante y demandado, como en una reivindicación, en un cobro de cantidad de bolívares, etc. En el segundo, uno y otro litigantes pueden llegar á ser actores ó reos á la vez, como en el deslinde en que un colindante pretende línea distinta á la que sostiene el actor; en la partición en que un copartícipe demandado sostiene derechos que niega el actor ú otros partícipes; en los concursos en que unos acreedores tachan á otros, ó aspiran á preferencia en el pago, etc.

Por razón de la extención ó concurrencia de personas y bienes se divide le juicio civil en *particular* y *universal*. En aquél se trata de acción determinada y de cosas determinadas, á las cuales se limita el juicio; al *universal* son llamados todos los que tienen derecho á reclamar, y se trata de todos los bienes de la persona, como en la quiebra, en la cesión de bienes, en la liquidación de herencia. Por eso, las tercerías y los concursos necesarios de acreedores son juicios particulares y no universales.

Por razón del fin, divídese el juicio civil en *declarativo* y *ejecutivo:* en aquél se establece ó declara el derecho de las partes; y en éste se trata de efectuar en el mismo curso del juicio, actos de ejecución respecto de la obligación demandada, de naturaleza ejecutiva, ó apoyada en documento ejecutivo.

Y finalmente, divídese el juicio civil en *petitorio* y *posesorio*, según se discuta la propiedad ó la sola posesión, con separación de aquélla.

Medio legal para reclamar. Volvamos ahora á los artículos que tenemos aquí en estudio. El primero (238) tiene por objeto declarar que el medio q" la ley franquea á todo individuo para reclamar de otro algún derecho, es de ocurrir á juicio ordinario, cuando se trate de algún asunto para el cual exista pautado algún procedimiento especial. Así, nadie podrá creerse au rizado, como ha sucedido, para componerse judicial ó extrajudicialmente c otro, y que éste le ceda algún derecho contra tercero; y so pretexto de . clamar lo cedido, ir sin juicio alguno, á ejercer actos de ejecución contra e tercero, lo cual no puede hacerse, por ser imposible prescindir del camino leg que es el de ocurrir á juicio ordinario.

Cuantía del juicio ordinario. En el segundo (239) fija el legislador en cuatrocientos bolívares la suma que sirve de límite entre el juicio ordinario de mayor cuantía y el de menor cuantía. Desde que exceda la cuantía de cuatrocientos bolívares ha de seguirse juicio ordinario: cuando llegue á aquel límite ó no alcance á él, el juicio es de menor cuantía, y se sustanciará y decidirá de la manera establecida en otro lugar, en este mismo Código.

Estimación de la cuantía. Y tiene cuidado el legislador de advertir que para fijar la cuantía han de observarse las reglas dadas con tal fin, en el Título sobre competencia; así como que si por la naturaleza del objeto demandado no estuviere fijada ó calculada la cuantía, se estime prudencialmente en la demanda, como por ejemplo, cuando se demanda un derecho de paso para un fundo enclavado, ú otra servidumbre, ó cosa semejante.

Regla. Y oportuno es recordar aquí la regla seguida constantemente que dice: *Quoties de quantitate ad jurisdictionem pertinente quæritur, semper quantum petatur quærendum est, non quantum debeatur:* regla fundada en que lo demandado es el objeto de la contienda, porque lo que realmente se deba no puede saberse sino cuando se decida el juicio.

El artículo 240 establece que el juicio ordinario ha de principiar por demanda, que debe ser escrita; y el 241 enumera los requisitos que debe reunir ese escrito ó libelo. Así queda fijado como tipo de nuestro juicio ordinario, el escrito, siguiendo nuestras antiguas tradiciones.

Libelo. Con ese escrito ó libelo se inicia el juicio, estableciendo allí el demandante la reclamación de los derechos que sostiene le asisten, sus pretensiones contra su demandado y lo que busca que la justicia declare en su favor, caso de resistencia de aquél. Bien se comprende, pues, la importancia capital de ese escrito, base y fundamento de todo el procedimiento que ha de seguirse, punto de mira que no ha de perderse en el curso del asunto, y fin primordial de la decisión que ha de recaer en definitiva.

Requisitos, no fórmula, del libelo. En atención á esa importancia el legislador señala los requisitos que ha de llenar tal escrito. No da fórmula ó pauta á que ceñirse el demandante, sino que le deja libertad de redactarla de la manera que crea más conveniente á sus derechos é intereses; pero le prescribe las condiciones ó requisitos que debe llenar, á fin de poder fijar la jurisdicción, dar conocimiento al demandado de lo que se le exige para que pueda convenir ó defenderse, y poder, en fin, fallar con precisión y congruencia la verdadera materia de la demanda y de la controversia. Con tal que el libelo llene esas condiciones legales, de modo claro, sin oscuridades ni dudas, sus términos importan poco. Al actor mismo interesa ser lacónico y preciso, para no exponerse á inconveniencias que puedan perjudicarle.

Dístico latino. Los autores españoles, al tratar de esta materia recuerdan el dístico latino que resume las condiciones del libelo, las cuales son sustancialmente las mismas expresadas en nuestro artículo 241.

Quis, quid, coram quo, quo jure petatur et à quo; Ordine confectus quisque libellus habet.

Quis. El *quis* es la persona que demanda; y así dice nuestro artículo, *nombre, apellido* y *domicilio* del demandante. Con el nombre y apellido se determina el or para que la justicia y el demandado sepan quien es la persona, y pueda e aceptar ó rechazar la demanda. La expresión del domicilio sirve para terminar mejor esa persona, evitando confusiones con otra de idéntico nom- y apellido, como suele haberlas; y en ciertos asuntos en que la ley da isdicción por el domicilio del demandante, también para fijar esa jurisdicción.

El artículo agrega, *el carácter con que se presenta*, porque como no siempre actor demanda con derecho propio, sino que en virtud de su condición tutor, albacea, administrador apoderado etc., se ve en la necesidad de de-

mandar á nombre de su representado, es indispensable en tal caso, que exprese el carácter con que obra, y el nombre, apellido y domicilio de aquel á cuyo nombre obra, si es persona natural, ó la designación precisa, si es persona jurídica, las cuales vienen á ser los verdaderos demandantes. Solo así queda lleno el propósito de la ley.

Quid. El *quid* es la cosa demandada, ó como dice nuestro artículo, el *objeto* de la demanda. Aquella cosa puede ser mueble, semoviente ó raíz, y aun puede ser incorporal como un derecho de servidumbre, una indemnización, una obligación de hacer y hasta una prestación actual para asegurar un derecho futuro. Pero sea de la naturaleza que fuere, debe ser determinada con toda claridad y precisión, de suerte que no haya duda sobre la identidad de la cosa. Por tanto, si es raíz ha de expresarse el nombre, si lo tuviere, su situación, y sus linderos: si es semoviente, sus marcas (ó como decimos y se acostumbra) las figuras de los hierros con que están marcados, su color y cualquier otro distintivo que la identifique mejor: si es mueble, los signos, señales ó distintivos, como anillo de oro con diamantes, rubíes ó esmeraldas etc, coche, calesa, victoria, etc no tal, y el peso y la medida, si son cosas que se pesan ó miden; y si es derecho ú objeto incorporal, todos los datos y explicaciones que la determinen bien.

Coran quo y *à quo.* El *coran quo* y el *à quo* son, aquél, el Tribunal á quien se ocurre, de lo que no habla nuestro artículo, sin duda por creerlo innecesario, desde que dejó establecidas el Código en el Título de competencia, las reglas para determinar el Tribunal á quien toca conocer; y por ser natural, como es costumbre, encabezar el libelo con la expresión del Juez á quien se ocurre; y el *à quo*, es la persona demandada, que debe indicarse por su nombre, apellido y domicilio, con el carácter con que se le demanda si no fuere personalmente, como lo dice el artículo de nuestro Código. La exigencia de indicar al demandante por su nombre y apellido, no necesita explicación, pues la demanda sería inútil si no se supiese contra quien se dirige; y la expresión del domicilio no es solo para determinar mejor esa persona, sino para los efectos de la citación y de la competencia. En cuanto al carácter con que se le demanda, de padre, de esposo, tutor, albacea, heredero, socio administrador etc, de fulano, de zutano, es indispensable para llenar el propósito de la ley de determinar bien al demandado, pues en último término, esa persona de quien se es padre, tutor, socio administrador, ó la herencia, testamentaría, sociedad, etc, cuya representación se atribuye, vienen á ser los verdaderos demandados.

Quo jure petatur. Y el *quo jure petatur*, no es otra cosa que el fundamento, la razón, de la demanda, ó sea la acción legal que se intenta. No se necesita indicar el nombre técnico que la ciencia dé á esa acción, pues basta expresar el derecho con que se reclama, como el cumplimiento de tal obligación contraída por el contrato tal, la indemnización de tales ó cuales perjuicios originados por estos ó los otros hechos, el pago de tales ó cuales sumas debidas por estas ó las otras razones etc. Solo en aquellos casos excepcionales de una acción que pudiera ser confundida con otra, como la ejecutiva y la ordinaria, la petitoria ó la simple posesoria, importa determinar la acción que se instaura, para evitar dificultades y complicaciones.

Y ya que nos ocupamos de la acción, conviene recordar algunas ideas de oportunidad en este lugar.

Definición y divisiones de la acción. La acción no es otra cosa que el recho ó el medio legal de perseguir en juicio lo que es nuestro ó lo c se nos debe: el sólo derecho de perseguir, es objeto de la primera parte derecho *las cosas;* y el medio de perseguir pertenece al tercero, que son *los cios.* El primero entra en el acervo ó activo; el segundo es la acción juicio.

De las divisiones de la acción, sólo recordaremos aquí las que tie importancia práctica en la aplicación al derecho procesal.

Ya dijimos al tratar de la competencia, que las acciones se dividen en reales y personales, y que nuestro Código no reconoce las llamadas mixtas de personal y real, sobre cuya existencia han disputado los autores. Y aún señalamos, á mas de las reputadas mixtas según el derecho romano *(familliæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum)*, las que los autores franceses, cuyo Código se refiere expresamente á las acciones mixtas, consideran tales, según el derecho moderno, como la de rescate por pacto en la venta, y otras, según puede verse en *Boitard* y *Rousseau* y *Laisney*.

Dividen también los autores las acciones en *inmobiliarias* y *mobiliarias*, según que el objeto de la demanda, sea un inmueble ó una cosa mueble. Las primeras no tienen ningún carácter especial, sino que se confunden con las acciones reales. Las mobiliarias se confunden frecuentemente con las personales cuando se derivan de un contrato ó de un cuasicontrato. Pero á vecen traen su origen de una disposición especial de la ley, como el privilegio del propietario sobre los muebles que el arrendatario lleva á la casa ó fundo arrendado, y el derecho de todo propietario de reivindicar sus objetos robados ó perdidos. En estos casos la acción mobiliaria es una acción real según *Jocotton*, citado por *Rousseau* y *Laisney*.

Acciones mobiliarias. Estos últimos en su citado *Diccionario de procedimiento* creen necesario advertir que son *mobiliarias* y no *inmobiliarias*, á la vez que *personales* las acciones siguientes, no obstante su apariencia inmobiliaria y real:

1º La acción del acreedor hipotecario, contra el tercer detentor, en representación del precio del inmueble por razón de *letras* de *ratificación* (purga de hipoteca) obtenidas por éste.

2º La acción por entrega del arbol vendido para ser cortado.

3º La acción reivindicatoria del deudor, del objeto dado por él en prenda á su acreedor, y vice-versa la acción por la cual el acreedor demanda á su deudor otra prenda, cuando la primera no pertenece á éste ó ha perecido antes de ser entregada.

4º La acción por liquidación de perjuicios ó pago de una indemnización por el paso de un fundo enclavado.

5º La acción dirigida por un coheredero, bien por restitución de frutos percibidos por su coheredero después de la apertura de la sucesión, bien para colación del precio de una abjudicación inmobiliaria.

6º La acción de perjuicios de los habitantes de una comuna contra un extraño por el ejercicio ilegal del derecho de pasto en el terreno comunal.

7º La acción por reintegro de sumas reputadas propias de uno de los esposos.

8º La acción para reintegro de la esposa casada bajo el régimen de la comunidad, sobre los bienes de ésta, aunque á falta de mobiliario el reintegro deba hacerse sobre los inmuebles comunes. Pero sería de otro modo si el reintegro debiera hacerse de los inmuebles del marido; pues en este caso la acción vendría á ser inmobiliaria.

Para la aplicación entre nosotros de algunas de estas doctrinas deben ·erse presente las diferencias de la legislación en ambos países.

Acción ordinaria y acción ejecutiva. También se distinguen la acción *ordinaria* y la acción *ejecutiva* que dan lugar, la primera al juicio que los ·ores llaman declarativo, cuyo fin es determinar ó declarar el dere·o, pues la justicia no dá sino reconoce y declara el derecho que se ıga; y la segunda al juicio ejecutivo en que, sin perjuicio del curso la causa, se dictan medidas de ejecución, según la fuerza de los docu·ntos en que se funda la acción.

Y conviene también distinguir ciertas acciones que se separan del procedimiento ordinario ó tienen ciertas especialidades en su sustanciación, como la exhibitoria, de que hablaremos oportunamente, la perjudicial ó prejudicial cuya resolución perjudica á otras causas ó produce en ella, cosa juzgada, y que por lo mismo deban sustanciarse y decidirse previamente, como la filiación y demás cuestiones de estado en los juicios de alimentos; la de no confinación de los fundos en los juicios de deslinde; y en fin las otras acciones de procedimiento especial, de que trata el Libro Tercero.

Condiciones para el ejercicio de la acción. Para el ejercicio de toda acción son indispensables cuatro condiciones: 1ª interés: 2ª derecho: 3ª cualidad para obrar; y 4ª capacidad para estar en juicio.

Interés. Es regla general de derecho que donde no hay interés no hay acción. Así lo dejó proclamado este mismo Código en el artículo 19 de la *disposiciones fundamentales.*

Ese interés debe existir ya, debe ser actual, inherente á la persona que obra; ó á lo menos eventual como el del llamado á suceder, que usa del término para deliberar, cuando se trata de ejercer acciones puramente conservatorias—el de un vecino de casa que amenaza ruina para obligar al propietario de ésta á demolerla ó dar causión—y en fin, el de todo aquel que tiene por objeto prevenir un perjuicio eventual de que está seriamente amenazado, ó por la amenaza misma de ese perjuicio, cuando es de tal naturaleza que le dañe en su situación ó en su crédito, como para fundar su *actio ad futurum.*

Y no es sólo el interés pecuniario el que puede servir de base á la acción: también el interés de honra ó de familia, ó en una palabra el interés moral. Por eso, como dijimos en otro lugar, un apoderado á quien se revoca el poder alegando causales que le dañen en su buena reputación, tiene derecho á accionar en justificación de su conducta ó en defensa de su buen nombre. Y por eso también un pariente de los llamados legalmente á la herencia, á quien nada deja un legatario universal instituido, tiene acción para obligar á éste á cumplir las cargas de la sucesión, aunque no sean en su favor, cuando se trate de un interés de honor para la memoria del difunto.

Derecho. El *interés* debe ser legítimo, fundado en el *derecho.* Así ninguna acción es posible si su fundamento se hace derivar de una obligación puramente natural.

Cualidad. La *cualidad* consiste en ser dueño de la acción, del derecho, por ser él el único que puede ejercerlo. Así, un heredero y un acreedor que ejercitan los derechos de su autor ó de su deudor, no pueden usar de aquellos que son puramente personales á éstos, porque no se les trasmiten á ellos; ni un apoderado puede ejercer la acción en su propio nombre, sino en el de su representado; ni tampoco un cesionario de un crédito puede perseguir el pago á nombre del cedente, sino en el propio suyo.

Capacidad. Finalmente la *capacidad* no viene á ser sino la exigencia de la ley, que hemos visto al principio del Libro Primero de este Código, en el Título de las partes, de que éstas sean personas legítimas.

Materia del artículo 243. Y ya que hemos venido hablando de las acciones, entremos á considerar la materia del artículo 243, según el cual no podrán acumularse en una misma demanda acciones que se excluyan mutuamente, ó sean contrarias entre sí; ni las que por razón de la materia no correspondan al conocimiento del mismo Tribunal, que ha de conocer de la principal; ni aquel cuyo procedimiento legal sea incompatible con el del juicio ordinario.

Concurrencia de acciones. Sucede con frecuencia tener una persona var medios ó acciones para hacer valer sus derechos; y los autores del *Diccion* tantas veces citado, recomiendan no solamente el no confundir la *concurrenci acciones* con la *acumulación de acciones,* sino ser acusioso en escoger la acc

que haya de intentar para no exponerse á sacrificar otras á que pudiera más tarde ocurrir. En este particular se extienden mucho los autores, especialmente los españoles, acerca de la necesidad de expresar la causa próxima y también la remota del dominio al instaurar las acciones reales, y de la diferencia en uno y otro caso, como puede verse en *Caravantes*, comentando la *Ley de enjuiciamiento*. Superfluo nos parece entrar aquí en esas disertaciones por creer suficientes, por una parte, la doctrina legal de expresar con precisión y claridad la acción y su fundamento, y por otra, la advertencia al actor de ser cauto para no aventurar de una vez cuantas acciones le asistan, como lo explanaremos.

La *concurrencia* de acciones consiste en la existencia de dos ó más vías judiciales que se ofrecen á una misma persona, derivadas del mismo contrato ó hecho ó de la misma disposición de la ley, como la acción petitoria, la ordinaria meramente posesoria y la interdictal, que pueden ocurrir á la vez; siendo la parte libre de preferir la que crea más conveniente.

Acumulación de acciones. La *acumulación de acciones* es el derecho de ejercer al mismo tiempo las diferentes acciones que se tengan para obtener el cumplimiento de una ó más obligaciones, y que pudieran también ejercerse sucesivamente, como pedir á un arrendatario el pago de pensiones que adeuda, pedirle la ejecución de ciertas obras á que se comprometió en el contrato; pedirle á un deudor el saldo de una cuenta corriente, y exigirle el valor de un pagaré distinto de aquella, vencido ya, ó la devolución de una cantidad prestada por otro convenio etc.

Consecuencias de la opción. En la *concurrencia* de acciones por regla general, la opción para el ejercicio de una, no produce por sí misma la renuncia á intentar más tarde las otras, si la primera no obtiene éxito. La máxima *una vía electa non datur recursus ad alteram* no tiene rigorosa aplicación en lo civil, y cuando llega á tenerla es solo en casos excepcionales derivados ó deducidos de ley expresa. Por eso, verbigracia, el que pierde un interdicto restitutorio, puede ocurrir después á juicio ordinario de propiedad ó de posesión. Pero á veces la opción puede privar á la parte del ejercicio de otras acciones, como cuando la primera demanda ha sido formada de tal manera que envuelve una renuncia tácita al ejercicio de toda otra acción ó al de alguna otra; y con mayor razón si la parte liga invenciblemente su demanda á su primera acción, sea en sus efectos, sea renunciando expresamente al uso de otra acción, según *Tullier* y *Zacariæ*, citados en el *diccionario* aludido. El que teniendo fundamentos para reclamar la nulidad de un contrato, de arrendamiento por ejemplo, intentare demanda por cumplimiento de algunas obligaciones contenidas en algunas de sus cláusulas, de hecho renunciaría á la acción de nulidad, porque la intentada por el cumplimiento parte de la base de la validez. Por lo dicho se vé lo interesante que es para el actor escoger bien la vía en que va á comprometer la litis.

Acciones contrarias ó contradictorias. La *acumulación* de acciones en una misma demanda ó libelo contra uno ó unos mismos demandados, en general, es siempre permitida; pero el artículo 243 pone como primera excepción la de aquellas que se excluyan mutuamente ó sean contrarias entre sí, declarando que no pueden acumularse. Los autores citan como ejemplo, la de nulidad, la de rescisión y la de cumplimiento de un mismo contrato. Si es nulo, no se rescinde ni se cumple, sino que se anula: si es nulo ó ha de rescindirse, no puede exigirse al mismo tiempo que se cumpla; porque tales cosas se excluyen ó contrarían. Sin embargo, pudieran [illegible]arse á la vez, deduciendo las primeras como principales y las otras como subsidiarias, así; demandando la nulidad por tales ó cuales fundamentos y para el [illegible]o de que el Tribunal no la encontrare fundada, pidiendo la rescisión por tales ó [illegible]les razones, ó pidiendo el cumplimiento de tales ó cuales obligaciones dejadas [illegible] llenar, si se pronunciare en primer término la validez, ó la no rescisión. En[illegible]ces no habría contradicción, sino que el Tribunal se ocuparía, al fallar, pri[illegible]ro de la nulidad: después si encuentra infundada ésta, de la rescisión; y últimamente si juzga improcedentes ambas, del cumplimiento demandado.

Acciones en que falta la jurisdicción. La segunda excepción del artículo es la de las acciones que por razón de la materia no correspondan al conocimiento del mismo Tribunal que ha de conocer de la principal; como cuando uno demanda el pago del precio de un fundo que vendió, y pretendiese en el mismo libelo que el demandado conviniese en la terminación y liquidación de una sociedad mercantil de que son socios; ó bien que se le siguiere juicio de comiso por haber importado mercaderías prohibidas etc. El Juez civil llamado á conocer de la demanda por pago del precio del fundo, es incompetente para conocer de las otras dos, que son, una de la jurisdicción mercantil, y la otra de los Tribunales de hacienda. Falta la jurisdicción, ratione materiæ, que es de órden público.

Acciones de procedimiento incompatible. Y la última excepción del artículo 243, es la de aquellas acciones cuyo procedimiento legal sea incompatible con el del juicio ordinario, que tampoco pueden acumularse á la principal. Siendo incompatíbles los dos procedimientos es obvio que no podrían sustanciarse á la vez de modo legal las dos acciones. Así, demandada la reivindicación en un juicio ordinario, no podría pretenderse á la vez intentar en el mismo libelo el interdito de despojo para ser restituido en la posesión; ó bien promover un juicio de deslinde del fundo reivindicado con sus colindantes; por ser imposible sustanciar al mismo tiempo, en el mismo expediente, el juicio ordinario de reivindicación que es el principal y el interdictal ó el de deslinde, en que la ley ordena plazos y operaciones y articulaciones que no se avienen con aquel procedimiento y que producirían confusión y embrollo en ambos juicios, como es fácil de comprender. Con el juicio ordinario son incompatibles, en nuestro sentir, todos los especiales á que se refiere el *Libro Tercero;* porque aun cuando algunos de ellos se inician con un libelo semejante al del juicio ordinario, llegan luego las especialidades de procedimiento que á cada uno señala la ley; y que no se pueden hermanar con la tramitación del ordinario. El mismo juicio ejecutivo, que en nuestro derecho no llega, como en otros países, al remate de bienes del deudor y pago al acreedor por fuerza del documento guarentigio, sino que es en sustancia el ordinario, pero con medidas de seguridad que se llevan solo al estado de remate, sin verificar éste; requiere que se exprese claramente, que se siga la vía ejecutiva para no confundirla con la ordinaria. Desde que una materia está sometida á un procedimiento especial, conforme al *Libro Tercero*, y las disposiciones especiales y los procedimientos especiales han de observarse con preferencia á las generales, en cuanto constituye la especialidad, según el artículo 7º de este Código, claro que es incompatible el procedimiento con el del juicio ordinario, en que no pueden entrar tales especialidades, sin un completo trastorno del camino trazado por la ley.

Pero no debe olvidarse que por lo mismo que el Código en el *Libro Segundo* que venimos estudiando, organiza el procedimiento del juicio ordinario, debemos entender que en la disposición que estudiamos, parte de la base de que la acción intentada como principal, corresponde al juicio ordinario; y ha de buscarse por tanto, si la acción que se quiera acumular á esa principal, es de procedimiento incompatible con el del juicio ordinario.

No se trata aquí del caso inverso, en que la acción principal es de procedimiento especial, y lo que ha de buscarse, es, si la que se quiera acumular es ó nó incompatible con ese procedimiento especial. Entonces, ya que la regla es la fijada en el citado artículo 7º, ha de concretarse el examen á si el procedimie especial de esa acción intentada, consiente que á ella se acumule otra espec ú ordinaria, como sucede en el caso de partición, en que son acum lables la de cuentas de la administración, porque allí se exige su pres tación para examen; en que son también acumulables todas las acciones so derechos y cuotas de los partícipes, y aun de inclusión ó exclusión de bie partibles: como sucede también en los juicios especiales de cesión de bie y de concurso de acreedores, en que son acumulables todas las accione

cobro de cantidades y prelaciones, y en este último aun las relativas á reivindicación de algunos bienes; y como sucede igualmente en el juicio de liquidación de herencia, en que también son acumulables las acciones de cobro y preferencias, y de reivindicación de bienes. Pero bien se alcanza que hay otras acciones de procedimiento especial, que por su índole misma, no consienten ninguna acumulación, como las relativas á oposición, suspensión ó acumulación del matrimonio y al divorcio; las relativas á tutela, curatela, interdicción é inhabilitación; las interdictales y otras de procedimiento especial, según el *Libro Tercero* de este Código, cuya tramitación es *sui géneris*, especialísima.

Ha de tenerse presente que aquí se trata de acumulación de acciones en un mismo libelo, esto es, contra uno mismo ó unos mismos demandados. Lo que es materia de distintas demandas contra distintas personas, no puede acumularse. Así, un comerciante no podrá tomar la pluma y en un libelo demandar á todos ó varios de sus deudores para que le paguen lo que le deben por tales ó cuales respectos. Si las demandas, aunque sean contra unos mismos demandados, están intentadas ya por diversos libelos, no es entonces caso de acumulación de acciones, sino caso de acumulación de autos, de que hemos tratado atrás, explicando el modo de proceder.

Y á presencia de esa disposición que prohibe la acumulación de ciertas acciones, no estará demás decir aquí algo para precisar bien lo que es la acción y determinar su extensión, á fin de no errar al decidir si hay una sola acción ó si hay varias en un libelo, ya que la acumulación de ellas impone la pluralidad.

La acción, como derecho á lo que se nos deba, entra en el segundo objeto del derecho, ó sea *las cosas;* pero la acción en ejercicio, que es lo que en un libelo se exige al demandar, entra en el tercer objeto del derecho, ó sea *el juicio*. Esta acción se determina en el libelo, y se precisa en su parte petitoria, que es la que predomina, como que señala, junto con la contestación, el radio de las pruebas, y viene á ser el objeto final del fallo definitivo.

Las acciones no pueden ser invenciones de las partes, sino que es la ley quien las da; ya en las diversas materias de derecho, contratos, cuasi-contratos delito y cuasi-delitos, ya en las diversas condiciones ó circunstancias que toma en cuenta el legislador, en cualquiera de esas mismas materias. De suerte, que así como hay distintas acciones según las diversas materias, las hay también varias en cada materia misma, como en la venta *la quanti minoris*, *la redhibitoria*, *las directas* y *contrarias*, la de *saneamiento*, etc.; del mismo modo que en otros contratos y asuntos, como testamentos, particiones, tutelas, etc. Al decir nuestro artículo 1.070 del Código Civil, que las obligaciones nacen de la ley, de los contratos, de los cuasi-contratos, de los delitos y de los cuasi-delitos, está de hecho diciendo que esas mismas son las fuentes de los derechos puesto que las dos ideas, *obligaciones* y *derechos*, son correlativas. Y como aquellas diversas fuentes no vienen á ser en último análisis, sino una, *la ley*, por ser la voluntad de ella la que constituye las otras, resulta que es la ley la que da las acciones.

Siendo esto así, no se puede buscar otro límite á cada acción que el que la ley misma le da. Abraza, pues, cada uno todo lo que la ley concede en el caso dado, sea uno, sean varios los puntos. Por eso en las obligaciones de hacer, al punto principal de abstenerse de hacer, se agrega el pago de daños y perjuicios, como parte constitutiva de la misma acción. A la acción reivindicatoria de una propiedad, se une la entrega de los frutos y accesorios, como parte de la misma acción. Y así en muchos otros casos. Se cometería, tanto, un error si se tomasen los diversos puntos de la petición del libelo como otras tantas acciones. Sólo la ley da la regla.

Abreviaturas en el libelo. Quedan, pues, examinadas, en lo dicho hasta las condiciones que exige nuestra ley para el libelo de demanda, debien-

do sólo recordar ahora que ella no permite las abreviaturas, porque dan lugar á dudas y confusiones, sobre todo en los nombres y apellidos y lo demás que como sustancial indica el artículo 241. Justo y conveniente es tal precaución de la ley para que en una pieza tan importante como es el libelo, no queden motivos de oscuridades y cuestiones.

Requisitos extrínsecos del libelo. Esas condiciones del libelo, que hemos venido estudiando, son las *internas* ó *intrínsecas*, en las cuales las faltas que se cometan, exponen al actor á las excepciones dilatorias de defecto de forma ó acaso alguna otra. Hay además requisitos *externos* ó *extrínsecos*, cuales son: 1º que el libelo se extienda en papel sellado correspondiente, conforme á la ley de la materia: 2º que las firmas se pongan sobre las estampillas correspondientes, determinadas en la ley respectiva: 3º que el escrito no tenga más del número de renglones en cada plana ó de palabras en cada renglón, indicados en la disposición legal del caso; y 4º que se salven las enmendaduras, testaduras y entre-renglonaduras que el escrito contenga. Las faltas sobre estos puntos autorizan al Tribunal para devolver á la parte su escrito á fin de que las subsane. Son todas visibles, y por lo mismo no puede haber temor de abuso.

Documento que deba acompañarse á la demanda. El artículo 242 preceptúa que con el libelo sea producido el documento en que se funde la demanda, esto es; de que se derive inmediatamente la acción deducida. Ese documento (cuya presentacion no excluye los relativos á la personalidad que también deben presentarse) es el de que nazca ó se origine el derecho reclamado. Natural es, y á la vez necesario para conocimiento del demandado, que quien cobra el importe de un pagaré, ó reclama una cosa comprada por escritura de venta, etc, exhiba desde luego ese documento en que se funda, que viene á ser un complemento de su demanda; á fin de que el demandado quede bien instruido y pueda concurrir á defenderse. Acaso el documento mismo preste base á su defensa.

Designación de la oficina donde está el documento. Allá en el tratado de las pruebas, con referencia á los documentos, dice el artículo 324: « Si el demandante no ha acompañado á su demanda los documentos en que funda su acción, no se le admitirán después, á menos que haya designado en *el libelo* la oficina ó lugar en que se encuentren, ó que sean de fecha posterior, ó que aparezca, si son *anteriores*, que no tuvo conocimiento de ellos. Consideradas las dos disposiciones resulta que, para que no se le pueda rechazar después, basta que en el libelo se haya hecho la designación de la oficina ó lugar en que se encuentran los documentos; pero eso no autoriza para decir que esa designación basta para que se deje cumplida la exigencia del artículo 242, de presentar el documento con el libelo; que es terminante y precisa. Lo más que puede decirse es que atenuando la falta de no presentación, con llevar desde el principio á conocimiento del demandado, aquellos datos, poniéndolo así en capacidad de buscarlos y examinarlos, puede evitar que éste le proponga la excepción de defecto de forma. Pero la reserva del documento puede envolver una alevosía ó á lo menos una desigualdad, que pudiera dar ocasión á una sorpresa posterior, cuando hubiese pasado el acto de contestación, en que debiera oponer á los documentos los medios de defensa que se derivasen de sus mismos términos.

Discusión sobre el derecho del demandado. Dice *Caravantes*, que no están de acuerdo los autores acerca de si puede ó nó el Juez rechazar de oficio la demanda cuando á ella no se acompañan los documentos en que se funda, presentar algunas dudas las leyes recopiladas. Se decide él por la negat y expone las razones de su parecer. Nosotros creemos que nuestros textos permiten dudas ni desacuerdo. El Juez debe admitir la demanda: á la p toca defenderse. Pero surge la cuestión de si el demandado debe ó puede oner la excepción dilatoria de defecto de forma, toda vez que el actor no vie en la que el derecho le exije; ó si su derecho se limita á pedir que no se mitan los documentos, si son presentados después. Opinan algunos de los

mos autores españoles por esto último, fundándose en que no parece racional que la ley pusiese dos penas á á una misma falta; en que el hecho de decir el legislador en disposición separada (como entre nosotros) *después no se admitirán á menos que etc.*, parece estar diciendo que puede el actor no presentar el documento con la demanda; y en que no debe tenerse como formalidad *intrínseca* la presentación ó indicación de lugar, cuando el legislador viene á establecer la posibilidad de esa sustitución, en artículo distinto en que entra á exceptuar los documentos de fecha posterior y aquellos *anteriores* de que no tuvo conocimiento.

En nuestro sentir, el demandado tiene uno y otro derecho, alegar la excepción dilatoria en el acto de la contestación, y oponerse á la admisión si el documento se presentare después. Supóngase que el demandante funda su demanda en un documento que no presenta ni indica donde está, ¿por qué privar al demandado del derecho de oponer la excepción dilatoria de falta de forma? Forma no es fórmula, ni la ley da pauta ó esqueleto para el libelo. Forma es el procedimiento mismo, ó sea, el modo de proceder. Cuando el demandante no viene de la manera que la ley lo requiere, sea por defecto en su libelo mismo, sea por omisión de cualquier otro requisito ó exigencia de la ley para la demanda, falta á la forma legal. Si la ley exige, como hemos visto, acompañar con el libelo el documento fundamental, es manifesta la falta, y por ende procedente la excepción. ¿Porqué se rechazaría esta? No hay motivo que justifique el rechazo. Supóngase ahora que el actor por malicia ú otra causa no habla del documento fundamental en su demanda, ó lo hace en término vago, pero lo presenta después en el término probatorio. Sin base segura para oponer la excepción dilatoria, á causa de la vaguedad del libelo, no la opuso el reo; claro es que tiene el derecho de pedir que sea rechazado el documento, porque con ello no exige sino el cumplimiento de la ley, que no puede quedar burlada en su perjuicio. Establecer en el tratado de la prueba excepciones al artículo 242, que es referente al libelo, es contrariar el buen método y dar lugar á confusiones. Cada disposición se aplica en su debida oportunidad.

Entendidas las cosas como dejamos explicado, no ha lugar á dudas ni á confusiones. No acompaña el demandante el documento, y en su libelo lo cita y dice ó nó la oficina ó lugar en que se encuentra. El demandado que sabe de que se trata, no quiere oponer la excepción dilatoria, y sigue el período de pruebas; y entonces puede oponerse á que se le admita si no está en alguno de los casos de excepción del artículo 324. El demandado no tiene noticia de tal documento y aun puede sospechar no ser cierto ó eficáz, opone su excepción: si la declaran con lugar, tendrá el actor que llenar la falta para seguir su juicio: la declaran sin lugar ¿ podrá el demandado pedir que se deseche si se presenta después?

Si las circunstancias del caso no son tales que pueda existir cosa juzgada, como por ejemplo si se discutió en la excepción la naturaleza del documento como no fundamental de la demanda, y no puede desconocer la identidad del presentado después, con aquel discutido, nos parece que es procedente la solicitud de que se deseche, por la misma razón que adujimos en el caso anterior, que la ley debe ser cumplida. No hay tales dos recursos empleados á la vez para un mismo fin, ni tales dos penas aplicadas á una misma falta. Aquellos se usan en sus respectivas oportunidades, ·mpre para hacer respetar la ley.

Cláusulas de rutina en el libelo. Evia Bolaños, Tapia y varios autores an-ios analizan las cláusulas principales usadas en la práctica, en los libelos, es son: *como mejor proceda en derecho*, ó *como más haya lugar en derecho*; *Id pido* y *suplico, juro lo necesario etc*, con el fin de demostrar la necesi-

dad de usarlas; y aun algunos de los modernos las recuerdan en sus comentarios, como no destituidas de utilidad. Ya hemos dicho que nuestra ley, desentendiéndose de la rutina, no ha establecido la necesidad de ninguna fórmula, dejando la redacción á la libre conveniencia del actor. Con tal que el libelo llene las condiciones exigidas por la ley, los términos son indiferentes. Observadas con método, por fuerza ha de resultar con dos partes principales: *la expositiva* en que se expresan las personas y sus domicilios, y los hechos y fundamentos de la acción; y la *petitoria* en que determina el actor lo que pide al demandado, ó al Tribunal si éste no conviniere. Esta última parte es la más importante, de tal suerte que prefiere á la otra caso de contradicción ó incongruencia entre las dos, y es la que sirve de norte en todo el juicio y de punto principal en el fallo.

Efectos jurídicos de la demanda. Para concluir este estudio creemos oportuno hacer algunas aclaraciones sobre los efectos jurídicos de la demanda, de que tratan los prácticos.

En el estudio sobre las citaciones apuntamos los efectos que los expositores atribuyen á la citación; pero como algunos de ellos son más bien exclusivos de la demanda, se hacen necesarios algunos detalles para fijar las ideas en la materia.

1º Desde que se instaura una demanda, el demandado tiene el derecho de darse por citado y hacerse parte sin esperar que se le cite. Puede interesar á su defensa obrar cuanto antes, y nada más natural que aquel derecho. Tal efecto es, pues, exclusivo de la demanda.

Pero, bien se le cite, bien se dé por citado, tiene el demandado el deber de ocurrir al llamado del Juez para responder á la demanda, so pena de rebeldía; y tal deber es efecto inmediato de la citación, aunque remoto de la demanda, y parte de la citación misma.

2º El emplazamiento previene el juicio, esto es, el citado por un Tribunal no puede serlo por otro en el mismo asunto. Según vimos en el tratado de la *competencia*, la ley establece que *la citación determina la prevención;* de modo que tal efecto es exclusivo de la citación. Ya sabemos las consecuencias de lo dicho. Citado por dos tribunales para el mismo negocio, si el primero es competente, podrá oponer el demandado la excepción dilatoria de litis pendencia, ante el segundo. Si no fuere competente el primero, podrá oponer la dilatoria de incompetencia, y aun gestionar una cuestión de competencia entre jueces, ante el segundo. Aquí, pues, el efecto es exclusivo de la citación.

3º El emplazamiento interrumpe la prescripción, dicen los autores. El artículo 1.946 del Código Civil dice: «Se interrumpe civilmente (la prescripción) en virtud de *una demanda judicial*, aunque se haga ante Juez incompetente, de un decreto ó de un acto de embargo notificado á la persona respecto de la cual se quiere impedir el curso de la prescripción. Si se trata de la prescripción de créditos, basta el cobro extrajudicial.» «Para que la demanda judicial produzca interrupción, deberá registrarse en la oficina correspondiente, antes de expirar el lapso de la prescripción, copia certificada del libelo con la orden de comparecencia del demandado, autorizada por el Juez; á menos que se haya efectuado la *citación* del demandado dentro dicho lapso.» Y el artículo 1.949 dice: «La *citación* judicial se considera como no hecha, y no *causa interrupción*: 1º Si el acreedor desistiere de la demanda ó dejare extinguir la instancia con arreglo á lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil. 2º Si el deudor demandado fuere absuelto en la demanda.»

En vista de esos dos artículos ocure preguntar, ¿á qué debe aten á la demanda judicial, ó á la citación? Según el espíritu de esas dispos nes, á la demanda seguida de la citación. La demanda sola, sin esta últi puede no ser un paso serio sino un verdadero subterfugio para produci interrupción, sin ánimo de seguir un pleito; y por eso se requiere la tación también. Pero como puede suceder que no se encuentre al d-

dado para citarle, bien porque se oculte, bien por ausencia ú otra causa legítima, y pudiera vencer el plazo de la prescripción sin haber logrado citarle por tales motivos: como eso equivaldría á obligarle á acortar el lapso de la prescripción, que es fijado por la ley, proponiendo su demanda con mucha anterioridad para evitar tales contingencias, la ley ha obviado tales dificultades y venido en ayuda del actor, mandándole registrar una copia de su libelo con la orden de comparecencia al pié, con lo cual interrumpe la la prescripción, con tal que continúe sus diligencias hasta obtener la citación.

4º Dicen los autores españoles que el emplazamiento hace nula la enajenación de la cosa litigiosa, en virtud de una ley de las partidas que así lo determina. Nuestro derecho no ha mantenido esta disposición, y sólo dice el aparte del artículo 459 del Código Civil: «Si el poseedor ó detentor, después de la demanda judicial ha dejado de poseer la cosa por hecho propio, está obligado á recobrarla á su costa por cuenta del demandante; y si así no lo hiciere, á pagar su valor, sin perjuicio del derecho del demandante de intentar su acción contra el nuevo poseedor ó detentor.» Basta eso para poder establecer que la demanda judicial de la cosa la hace litigiosa jurídicamente, y como tal ha de tenerse para los efectos del secuestro en los casos legales.

Demandas que deben registrarse. Finalmente es conveniente recordar que según el Código Civil hay ciertas demandas que para que produzcan determinados efectos, necesitan registrarse, de conformidad con el artículo 1889 de dicho Código.

Art. 244. El escrito ó libelo de la demanda se entregará en cualquier día y hora al Secretario del Tribunal ó al Juez.

Art. 245. De la demanda ó libelo compulsará el Secretario tantas copias cuantas partes demandadas aparezcan en el, certificando su exactitud; y en seguida se extenderá la orden de comparecencia para la litis-contestación, que autorizará el Juez, expresándose el día y hora señalados para ella.

Si para cualquier otro efecto establecido en el Código Civil, necesitare la parte demandante alguna otra copia de la demanda con la orden de comparecencia, es le mandará expedir en la misma forma.

Art. 246. El Secretario pondrá constancia en el expediente de haber cumplido lo preceptuado en el artículo anterior, con expresión del nombre del alguacil á quien se haya cometido la citación, de la fecha en que se manda hacer, y del día y hora señalados para la comparecencia en la órden del Juez, en la cual se fijará el término de distancia.

Art. 247. La copia ó copias del libelo de demanda se entrerán al alguacil encargado de la citación; y en cuanto á esta, se rará en todo conforme con las disposiciones del Título quinto l Libro Primero de este Código.

Art. 248. El emplazamiento se hará para el décimo día hábil spués de citado el demandado, ó el último de ellos, si fueren ios.

Art. 249. Si buscado el demandado no se encontrare y se temiere su fuga, ó si citado, presentare el demandante algún recaudo que hiciere sospechar que aquél pretende ausentarse del país para trasponer valores ó burlar la acción, ó si fuere simple transeunte, el Juez, á solicitud del actor, prohibirá al demandado la salida del país, librando al efecto, á los puertos ó puntos fronterizos correspondientes, las órdenes telegráficas del caso, que reiterará por oficio.

Esa prohibición no podrá suspenderse antes de haberse dado por citado el demandado.

La disposición de este artículo no obsta á la promoción de arraigo, si hubiere lugar.

ESTUDIO 79.

ANTECEDENTES.

Derecho Patrio.—Los artículos 244, 245, 247 y 248 son sustancialmente los 185, 186, 187 y 188 del Código de 80, con variaciones de redacción, sobre todo el último; y contienen las mismas disposiciones de los 182, 183, 184, 185 y 186 del Código de 73. La doctrina de esos artículos viene de los artículos 3º, 4º, 5º, 6º y 7º de la Ley 2ª Título 1º del Código de 38. Y el artículo 249 que arriba copiamos es introducido en la reforma última.

Derechos Español y Romano.—Como la materia de tales disposiciones solo consagra la manera material de proceder para presentación y copias del libelo, entrega de estos al alguacil encargado de la citación, y fijación de día y hora en que haya de tener lugar la litis-contestación, hemos creído innecesario buscar en las prácticas españolas y romanas, la manera especial de proceder en esto, ya en que el Título de las citaciones explicamos lo dispuesto en esas legislaciones en cuanto á emplazamiento del demandado, que es lo sustancial.

EXPLICACIONES

Presentación del libelo. El primero de los artículos que estudiamos autoriza al actor para presentar su libelo al Juez ó al Secretario, en cualquier día y á cualquiera hora. Tiene por objeto la disposición facilitar al demandante la introducción de su demanda, pues acaso necesite obrar activamente. Ya antes vimos la facultad, que también le da la ley, de exigir que se anoten el día y la hora de la presentación.

Copias del libelo. Por el segundo de los artículos se ordena al Secretario compulsar tantas copias cuantos demandados aparezcan en el libelo, pues á cada cual se ha de citar con la correspondiente á él. La exactitud de la copia debe ir certificada por el Secretario, y al pié se extiende la orden del Juez, que éste autoriza con su firma, previniendo al demandado que comparezca á contestar aquella demanda el día y á la hora que allí se [illegible]termina.

Constancia en autos. Por el tercero, se impone al Secretario el [illegible] le poner constancia de haberse cumplido las anteriores disposiciones, en [illegible]a en que también ha de expresar el nombre del oficial encargado de l[illegible]ción, la fecha en que se ha mandado practicar, y el día y horas señalado [illegible]a la contestación.

Como las dudas y cuestiones que pudieran surgir en la práctica sobre todos estos puntos, han sido estudiadas en el tratado de las citaciones, remitimos á él, al lector.

Encargado de la citación. El artículo 247 se limita á prevenir que las copias se entreguen al alguacil encargado de la citación, que es el portero del Tribunal, ó á su falta ó por impedimento suyo á otro portero ú otra persona que el Tribunal habilite al efecto; el cual debe proceder á practicar la citación, observando las disposiciones legales sobre la materia, que explicamos en el Libro Primero.

Término para la contestación. El artículo 248 dispone que el emplazamiento se haga para el décimo día hábil después de citado el demandado, ó el último de ellos, si fueren varios. No habla de término de distancia, caso de estar fuera del lugar del juicio, todos ó alguno de los demandados; pues ya en el tratado de los términos del Libro Primero quedó establecido el de distancia, para todo el que, residiendo en una localidad distinta de la del juicio, sea llamado á comparecer ante el Tribunal que conoce de este; así como el modo de calcularla. Y pues que la comparecencia de todos ha de tener lugar en un mismo día á la misma hora, partiendo para determinarlo, de la última citación, acostumbran los tribunales unir al término de diez días el de la mayor distancia en el caso, y fijar uno solo, el de esas sumas, diciendo verbi-gracia, al décimo primero, décimo segundo, décimo tercero etc., según sea la distancia de uno, dos, tres días etc. Esto es sin duda mas sencillo, que señalar á cada cual su término según la distancia, pues evita toda confusión para los que han de comparecer, y ninguno resulta dañado ó sometido á un lapso menor.

Comparecencia de todos. Que la comparecencia de todos sea en un mismo día y á una misma hora, es importante á la unidad del juicio y para el buen orden de proceder; pues de otro modo tendrían lugar diversos actos de contestación, diversos lapsos de pruebras etc., y desaparecería la unidad, formándose en todo una verdadera confusión y desarmonía. Cada demandado á quien se va citando, tiene que cuidar de imponerse del estado de las citaciones para saber cual sea la última, de que haya de partirse para determinar el día de la comparecencia común. Y para el caso de no constar en autos todas las citaciones, por lo menos dos días antes de la litis-contestación, ya vimos atrás que para evitar sorpresas y abusos, dispuso el legislador, en el artículo 153, el diferimiento de la contestación para el día que fije el Tribunal.

Prohibición de salir del país. El artículo 249, según tenemos dicho, es nuevo y fué introducido en la novísima reforma. El dispone, que si buscado el demandado no se encontrare *y se temiere su fuga*, ó si citado presentare el demandante *algún recaudo* que hiciere *sospechar* que aquél *pretende ausentarse* del país para *trasponer valores* ó *burlar la acción*, ó si fuere *simple transeúnte*, el Juez, á solicitud del actor, *prohibirá* al demandado la salida del país, librando las órdenes telegráficas del caso á los puertos ó puntos fronterizos, que reiterará por oficio: que esa prohibición no podrá suspenderse *antes de haberse dado por citado* el demandado; y que la disposición del artículo no obsta á la *promoción de arraigo*, si hubiere lugar.

Tres son, pues, los casos de prohibición de la salida del país del demandado: el no encontrarlo para la citación, acompañado del *temor de fuga:* las *spechas* fundadas en recaudo producido por el actor, de querer ausentarse el país, para *trasponer valores* ó *burlar la acción;* y el ser *simple transeúnte.* En el primer caso es preciso que haya algún indicio suficiente para fundar l *temor de fuga*, no bastando el hecho de no encontrarlo, ni el mero dicho el actor. Un vecino conocido que tiene su familia y alguna industria ú ocución no puede ser sospechado de fuga porque no se le encuentre; pero uno vedo de fuera, establecido poco hace, sin familia ó con familia muy reducida, se hace sospechoso de fuga, si desaparece con los suyos, después que ha ontraído deudas, y no hay quien dé razón de su paradero. Uno de quien se

pruebe que ha estado recogiendo lo suyo, realizan lo muebles y objetos, sin pagar sus deudas, y que de algún modo toma medidas para despedirse ó ausentarse se hace sospechoso de querer trasponer sus fondos y burlar á sus acreedores. Y el que es simple transeúnte, y así se hace constar, como unos quincalleros ambulantes y otros por el estilo, por lo mismo que no tienen ningún arraigo, y han dejado de pagar á alguno ó algunos de sus acreedores, justo es que se les impida ausentarse del país, para que éstos no queden burlados.

La prohibición, dice el primer aparte del artículo, *no podrá* suspenderse *antes* de haberse dado por citado el demandado, esto es, no podrá levantarse sino después: lo cual no quiere decir que *deba* acordarse inmediatamente la suspensión. En tales ocasiones hay que obrar con rapidez, y apenas habrá tiempo para preparar los recaudos que apoyen las sospechas; y como el propósito principal de la ley es el de impedir que sea burlado el acreedor, no debe haber precipitación, á fin de que el actor, con mayores datos, pueda solicitar el arraigo que indica el último aparte del artículo, de conformidad con lo dispuesto en los 366 y 372 que estudiaremos en su oportunidad. Ese último aparte dice que la prohibición de salir del país, no obsta á la promoción de arraigo á que haya lugar.

SECCION 2ª

Contestación y Conciliación.

Art. 250. Llegados el día y hora fijados para la contestación de la demanda, el Juez hará anunciar en alta voz que va á tener lugar el acto indicado, expresándose en aquel anuncio el nombre y apellido de las partes y una breve indicación de la causa.

Si el demandado no estuviere presente para el momento del anuncio, se esperará á que se cumpla una hora después de la fijada, pasada la cual se procederá sin más dilación.

Si fueren varios los demandados, podrán obrar juntos ó separados, pero en el orden del artículo siguiente.

Art. 251. En el acto de contestación sólo podrá el demandado promover ú oponer las excepciones ó defensas siguientes:

1ª La excepción de inadmisibilidad de la demanda, y demás de carácter previo.

2ª A falta de las excepciones del número anterior, las dilatorias que quisiere oponer.

3ª A falta de las precedentes, la contestación al fondo de demanda.

4ª La reconvención ó mutua petición.

5ª Las citaciones de saneamiento ó garantía.

6ª La solicitud de término extraordinario de pruebas.

ESTUDIO 80.

ANTECEDENTES.

Como los dos artículos son nuevos, y se contraen á establecer el modo y orden de proceder en el acto de la contestación á la demanda, de manera general, para regiar después en varios párrafos, las diversas partes que pueden entrar en ese acto, no hay antecedentes concretos aun en nuestra misma legislación. Sí los encontráremos al estudiar aquellos diversos párrafos. Diremos ahora que el artículo 250 y su segundo aparte se encuentran en las disposiciones de los artículos 190 y 191 del Código de 80, que son los 187 y 188 del de 73; cuyas doctrinas vienen del Art. 19, Ley 3ª Título 19 del de 38. El primer aparte es nuevo.

EXPLICACIONES

Iniciación del acto por el anuncio á la puerta del tribunal. El artículo 250 establece la iniciación del acto de contestación, tal como lo vemos practicar diariamente. Llegados el día y la hora, manda el Juez anunciar en alta voz que va á procederse á la contestación de la demanda propuesta por fulano contra zutano por tal cosa, pago de cantidades, entrega de una casa, etc.

Espera del retardado. Si para el momento del anuncio no estuviere presente el demandado se esperará á que se cumpla una hora después de la fijada, pasada la cual se procederá sin más dilación: es decir que si la hora fijada es la de las nueve se espera hasta las diez, si es esta última se espera hasta las once etc. Esta disposición es nueva; y tiene por objeto evitar los abusos, sobre todo en lugares donde no exista un reloj público á que atenerse, donde basta adelantar ó atrazar los relojes particulares, que rara vez estarán tampoco acordes, para favorecer ó dañar á alguna de las partes, de las cuales sería la más expuesta la demandada, á quien podría dejarse sin contestación, pretextando haber llegado tarde.

La contestación puede ser colectiva ó individual. Si fueren varios podrán obrar juntos ó separados, esto es, dando contestaciones ú oponiendo excepciones colectivas, ó haciéndolo cada cual separadamente. Mas agrega el artículo—*pero en el orden siguiente*,—es decir, que si uno, ó dos ó más quieren oponer una excepción de inadmisibilidad ó de carácter previo, sólo se da entrada á esa excepción, absteniéndose, mientras tanto, los otros que no tomen parte en ella, de toda contestación. Si no hay tales excepciones por parte de ninguno, ó han sido desechadas, entonces el que ó los que tuvieren alguna excepción dilatoria la opondrán, sin que los que no se asocien á ella tengan nada que contestar. Y si, en fin, nadie tiene dilatoria que oponer, ó ha sido desechada, entran todos á dar su contestación, colectiva ó separadamente según les conviniere; y entonces podrán reconvenir, citar de saneamiento ó de garantía y solicitar término extraordinario de pruebas respectivamente.

Tal método rigoroso tiene por consecuencia que pasadas las respectivas oportunidades de oponer las excepciones de inadmisibilidad ó previas, ó las dilatorias, no pueden después en manera alguna ser opuestas, con tales caracteres, si bien pueden alegarse como razones en la contestación de fondo; así como que pasada esa oportunidad de contestar al fondo, reconvenir, citar de saneamiento de garantía ó pedir término extraordinario de pruebas, no se puede hacer nada de eso en ninguna otra ocasión.

§ 1º

De la excepción de inadmisibilidad y otras previas.

—

Art. 252. En todo caso en que la ley declare no deberse admitir la demanda, ó no deber admitirse sino llenando algún requisito ó condición, podrá oponer el demandado la excepción de inadmisibilidad, si creyere que no estan llenas las condiciones legales.

Art. 253. Podrá también oponerla, cuando se hubieren acumulado en el libelo las acciones contrarias ó incompatibles de que habla el artículo 243.

Art. 254. Podrá promover como de previo pronunciamiento la de su propia incapacidad para estar en juicio; así como la de no tener el carácter ó cualidad que se le atribuya para representar á otro, ó cualquiera otra que como previa autorice la ley.

Art. 255. Opuesta alguna de las excepciones mencionadas en los tres artículos anteriores el demandante las contestará, en el mismo acto ó en la audiencia siguiente, á la misma hora.

Si conviniere en la excepción, quedará desechado del todo el libelo. Cuando la contradijere, se abrirá á prueba por ocho días, si algunas de las partes lo pidiere, ó si el Juez encontrare que no estan de acuerdo las partes en algún hecho sustancial, sin conceder término de distancia.

Art. 256. El noveno día se hará relación de la incidencia, se oirán los informes que quieran hacer las partes, y se dictará sentencia dentro del término legal.

Art. 257. De la sentencia se oirá apelación libremente.

Art. 258. El efecto de la declaratoria de haber lugar á la excepción será el de desechar el libelo y no darse entrada al juicio

ESTUDIO 81.

ANTECEDENTES

Siendo nueva la materia, según tenemos advertido, no hay para que decir que no puede haber antecedentes en nuestra legislación, como tampoco en la española ni en la romana.

EXPLICACIONES.

Excepciones de inadmisibilidad. Entra ahora el Código á definir y tram las excepciones de inadmisibilidad y otras previas, indicadas en los artículos teriores, como primeras que deben ser alegadas.

Sabido es que en otras legislaciones están admitidas y son corrientes tales excepciones. Natural y justo es que quien cree que no debe ser obligado á entrar en un pleito, por motivos legales, sea apartado de el, sin soportar las incomodidades, dilaciones y gastos que son consiguientes. Pero tampoco podría quedar tal alegación al capricho del demandado, pues de hecho se anularía el derecho de reclamar cada cual en justicia lo que le corresponde. Precisamente el principio es el contrario: que todo individuo tiene la obligación de contestar ante los jueces competentes, las reclamaciones á que crea tener derecho otro que se las demande. Es la ley, por tanto, la única que puede determinar los casos en que deba excusársele de tal obligación. Y son los tres primeros artículos copiados los que lo hacen.

Inadmisibilidad por declaración de la ley. El 252 establece el primer caso, que es cuando la ley declara no deber admitirse la demanda, ó deber admitirse sólo llenando algún requisito ó condición. A veces el mismo legislador reconoce que por interés público no debe ser admitida una demanda, verbigracia, contra un Senador ó Diputado en el tiempo de su inmunidad; ó bien no deber admitirse sino con ciertas condiciones ó requisitos, como la de esponsales después de pasado un año de haberse podido exigir la realización del matrimonio; ó bien no deber admitirse, aún siendo oportuna, si no se presenta escritura pública del compromiso, ó los carteles correspondientes. Así lo establece el Código Civil; y pues que la ley habla, preciso es cumplirla. Consecuente anda, por tanto, el legislador, al facultar al demandado para oponer la excepción de inadmisibilidad de la demanda, en los casos dichos y en cualquier otro idéntico, como en las demandas de partición de terrenos de indígenas, después de los años que la ley de la materia fija.

Inadmisibilidad por oposición ó incompactibilidad de las acciones. El 253 declara que también puede el demandado oponer la excepción indicada, en los casos de acumulación de acciones contrarias ó incompatibles de que habla el artículo 243. Ya explicamos esto; y advertimos que como en este Libro Segundo se trata del juicio ordinario, ha de buscarse si las acciones que se acumulan al juicio ordinario tienen ó nó el carácter de contrarias ó contradictorias ó son de procedimiento incompatible, como son todas ó la mayor parte de las especiales del Libro Tercero; así como que cuando la acción principal es de procedimiento especial, conforme á este último libro, han de estudiarse primero las acumulaciones que las especialidades consientan, y á su falta, aplicarse las disposiciones generales de este Libro Segundo, es decir, buscar entonces si á esa acción especial intentada, resultan contrarias ó contradictorias ó de procedimiento incompatible, las del juicio ordinario ó de otra especial que se quiera acumular.

Según los artículos citados no puede hacerse acumulación de acciones contrarias ó contradictorias, ó que sean incompatibles por el procedimiento. Pero si concurriesen en un caso dado tales acciones, la ley y la doctrina dejan al actor la libertad de elegir la que deba intentar; y los prácticos le advierten que debe ser acucioso y atinado en esa elección para no renunciar ó no hacer imposible para adelante alguna de ellas que pueda interesarle. ¿Por qué y cómo? Por que es consecuencia jurídica de la doctrina de los dichos artículos, que si al escoger una no guarda el orden necesario para dejar expeditas las otras, éstas se hacen inadmisibles después. Ejemplo: se trata de un contrato, ó acto, y existen fundamentos para sostener su nulidad ó su rescisión, á la vez que se puede exigir el cumplimiento de alguna de sus cláusulas; si escoge esta última, para el cumplimiento, que tiene por base la validez y eficacia del contrato ó acto, sería una contradicción manifiesta pretender después la nulidad ó la rescisión: la sentencia que se diera produciría cosa juzgada respecto de la validez, como la produce toda sentencia que se ejecutoría, y no podría obrar más tarde contra la cosa juzgada. Tal sentencia sobre cumplimiento no podría entenderse como absolución de la instancia, por estar prohibida esta. Supóngase ahora que el actor puede hacer en el caso que le ocurre, de una acción interdictal ó de la acción ordi-

naria de propiedad ó posesión, y que escoge esta última: claro es que después no podría volver sobre la primera, por producir incompatibilidad con la del juicio ordinario, cuya decisión traería cosa juzgada. En tales casos, pues, como consecuencia de las disposiciones legales á que nos hemos referido, á la segunda demanda se podría oponer la excepción dilatoria de cosa juzgada.

Tres casos más de inadmisibilidad. El artículo 254 pone tres casos más de las excepciones de que tratamos. La primera es la propia incapacidad para estar en juicio, que antes podía alegarse como excepción dilatoria, según el Código anterior. También está al alcance de todos la necesidad y la justicia de no obligar á un incapaz, menor, entredicho etc., á seguir un juicio enteramente nulo. El mismo interés público se opone á semejante vicio. La segunda es la de no tener el demandado el carácter ó cualidad que se le atribuye para representar á otro. Obran en este caso idénticas razones que en el anterior; ni es posible seguir un juicio que sería nulo, ni justo obligar á seguirlo á quien nada tiene que hacer en el, no teniendo la cualidad que se le atribuye, verbi-gracia, de administrador de rentas, ó de bienes de fulano ó zutano, de tutor de tal menor, de albacea de tal testamentaría, de socio de tal firma etc., cosas todas fáciles de probar en una articulación. Pero obsérvese que es falta de cualidad para representar á otro, nó para representarse él mismo, pues entonces esa cualidad es fundamento del derecho deducido, ó fuente de la obligación cuyo cumplimiento se demanda, y la excepción sería de fondo; como por ejemplo cuando se exige á uno el pago de una suma como heredero que es de tal persona fallecida. Y la tercera es cualquiera otra excepción que como previa autorice la ley, como serían en todo caso, las que hemos indicado al explicar el artículo 253, si no fueran consecuencias jurídicas de su doctrina; ó como sería la de no estar colindando los fundos que quieren deslindarse.

La nueva doctrina debe aplicarse estrechamente para evitar abusos. Con las disposiciones que venimos estudiando, el legislador ha dejado resuelta la cuestión debatida entre nuestros prácticos, de no deber admitirse ninguna excepción de carácter previo, fuera de las dilatorias. Antes pensamos que no podía rechazárselas, siempre que fueran realmente cuestiones previas, apoyadas ó derivadas de la ley, y nó subterfugios para alargar los pleitos. Si la ley misma reconocía la necesidad de tratar y resolver ciertas cuestiones para poder pasar adelante, como por ejemplo las de parentesco en los juicios de alimentos, y otras: si la razón, y la práctica de todos los Parlamentos y Corporaciones, reconocen que existen tales cuestiones previas, de que debe disponerse antes de pasar á otras, ¿cómo podrían desecharse en lo judicial, donde el método y la lógica son factores impretermitibles para llegar al descubrimiento de la verdad? Y como no bastaba bautizarlas con el nombre de previas, para que lo fueran, ni dejar la materia á una libre apreciación peligrosa, ha intervenido el legislador á precisar la doctrina, en las disposiciones á que nos contraemos, que por lo mismo deben entenderse estrechamente para evitar el abuso de querer pasar como de esa especie, excepciones que realmente son simplemente perentorias ó de fondo.

¿Porqué la incompetencia no es previa? Y bien, se preguntará, porque la excepción de incompetencia del Tribunal no se ha colocado en esa primera categoría de las previas? ¿No es una inconsecuencia que entre á conocer y á resolver esas excepciones un Juez á quien puede ser discutida su jurisdicción ó competencia? En primer lugar, porque en las excepciones dilatorias entran ya las partes en la lucha judicial; y lo que quiere el legisla con las excepciones previas es evitar al que no tiene por qué entrar en lucha, que se le obligue á ello. En segundo lugar, por que á ese dem dado le importa poco ó nada, todo lo demás que no sea dejarle libre ese pleito, que es á lo que él se contrae. Y en tercer lugar, porque para solver esos puntos que constituyen las excepciones de inadmisibilidad ó p vias, el legislador conceptúa apto, y le da poder, á cualquier Juez ante qu se demande, aunque fuera incompetente para el juicio, cuyo curso se t

de evitar desde el principio. Si hay fundamento legal para separar á ese demandado, y así se resuelve, se han evitado para éste las molestias y gastos del pleito, y para el Tribunal labores inútiles. Y si no hay fundamento legal por la separación, y así queda decidido, lugar y tiempo deja la ley para todo lo que constituye la plenitud del procedimiento.

Juzgamos tan interesantes los puntos que venimos tratando, así por su novedad en nuestro Código, como por lo trascendental de los errores que pueden cometerse respecto de ellos que pueden llegar á una verdadera denegación de justicia, y hasta algunas veces acarrear responsabilidades al país; que no cremos de más llamar seriamente la atención de nuestros compañeros y de nuestros Magistrados para estudiar cuidadosamente los casos que ocurran sobre inadmisibilidad de la demanda, á fin de evitar semejantes errores, y nos mueve á agregar algunas observaciones más.

Dijimos que los dos primeros casos, de declaratoria de la ley de no deber admitirse la demanda, ó no deber admitirse sino llenando algún requisito ó condición, exigen en rigor una disposición legal que haga tal declaratoria; pero nos parece que no se necesita que esa ley use los mismos términos—*no se admitirá:* con cualesquiera palabras que aparezca la prohibición, *no puede demandarse; no puede darse curso*, ó en cualquiera otra forma, es bastante. Pero ocurre preguntar ¿será suficiente una prohibición tácita ó indirecta, esto es, que se deduzca de una disposición que establezca ciertas bases de procedimiento, con las cuales no se avenga la demanda? Pensamos que sí, pues, no puede dudarse que la voluntad del legislador es siempre que se cumplan armónicamente todas las disposiciones del procedimiento. Ejemplo: parte la ley sobre *Tercería*, en casi todas sus disposiciones, de la base de que exista una demanda principal, en la cual viene á interponerse un tercero: habiendo concluido el juicio principal por haberse ejecutado la sentencia ejecutoriada ¿puede haber lugar á tercería? Claro que no. ¿Y puede decirse que esa inadmisibilidad viene de la voluntad de la ley? Creemos que sí; y así lo hemos resuelto en unión de varios compañeros en un caso en que fuímos consultados. Y no puede negarse que pueden ocurrir otros casos semejantes, verbigracia: un deslinde de campos no confinantes. En todo caso, tales excepciones entrarían en la disposición sobre las de previo y especial pronunciamiento del artículo 254, que pueden oponerse como de inadmisibilidad.

Respecto de acciones que se excluyan ó se contradigan ha de tenerse presente que la ley lo que prohibe es, que se propongan simultáneamente; y que bien pueden hacerse valer sucesivamente, como subsidiarias, la de nulidad, la de rescisión y la de cumplimiento.

En la acumulación de las acciones, hay que atenerse á la extensión que da la ley á la deducida, pues bien puede comprender varios puntos, como frutos, y daños y perjuicios, sin dejar de ser una sola y misma acción.

Sustanciación de las excepciones previas. Los cuatro artículos siguientes de 255 á 258, ordenan la sustanciación de la excepción. El demandante la contesta en el mismo acto ó en la audiencia siguiente, á la misma hora. Si conviniere, quedará desechado el libelo: si la contradijere se abrirá á pruebas por ocho días, sin término de distancia, siempre que alguna de las partes lo pidiere ó el Juez encontrase no estar de acuerdo las partes en algún hecho sustancial. El noveno día se hará relación é informes y se sentenciará dentro del término legal.

De la sentencia se oye apelación libremente; porque ella produce los ·ctos de definitiva, y ha de seguirse la regla general establecida por la ·. De ese modo se tutelan los intereses de ambas partes.

El artículo último establece los efectos de la sentencia que declara con gar la excepción, que es, como lo tenemos dicho, desechar el libelo, y › dar entrada al juicio.

---

§ 2°

De las excepciones dilatorias.

—

Art. 259. A falta de las excepciones precedentes, ó si se han desechado, podrá el demandado proponer todas las dilatorias á que hubiere lugar, sin admitirse después ninguna otra.

Art. 260. Son excepciones dilatorias:

Ilegitimidad de la persona del demandante ó de su apoderado.

Incompetencia del tribunal.

Defecto de la forma de la demanda.

Litis-pendencia.

Condición ó plazo no cumplido.

Defecto de fianza ó caución necesaria para proceder al juicio.

La excepción de ilegitimidad de persona no es dilatoria, cuando en ella se niega el derecho mismo que es materia de lo principal.

Art. 261. La excepción de cosa juzgada puede proponerse también bajo la forma de excepción dilatoria.

ESTUDIO 82.

ANTECEDENTES

DERECHO PATRIO.—El artículo 259 es nuevo, debido al nuevo método establecido en la reforma última.—El 260 es el 255 del Código de 80, y 250 del de 73. Viene del artículo 1º, Título 2, Ley 1ª del Código de 38, que incluía también entre las excepciones delatorias, la recusación de los jueces y otros funcionarios.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 9, tit. 3º, Part. 3ª*—Defiendense los demandados á las vegadas de las demandas que les facen poniendo defensiones ante sí que son de tal natura que aluengan el pleyto e non lo rematan. E llamadas en latin dilatorias que quiere tanto decir como alargaderas. E son estas: como si algun ome fiziesse pleyto con su debdor, que los maravedis ó la cosa que le devía, non gela pidiesse fasta tiempo ó día señalado, e despues desto gelo demandasse en juyzio antes del plazo. O si emplazassen alguno delante de tal judgador, de cuyo fuero non fuesse, ó si la una parte contradixesse la personeria de la otra; mostrando razones porque non deva ser personero, ó diziendo que la personería que trae non era complida segun derecho, e por ende que non era tenido de responder á la demanda; e averiguandolas, deven ser cabidas. Mas si despues que el pleyto fuesse comenzado por respuesta, las quissiesse poner alguno ante sí non deven ser cabidas. Otro decimos que si el juzgador entendiere que el demandado pone á ment maliciosamente defensiones ante sí por alongar el pleyto, que puede el J dar un plazo perentorio al demandado que ponga todas sus defensiones ay tadas en uno, e que las prueve. E si al plazo que le fuere puesto non provare ó non las pusiere, que despues non deve ser oído. Véase el T Lib. 11 Nov. Recop.

EXPLICACIONES

Que es excepción. Según *Caravantes*, por *excepción*, se entiende el medio de defensa, ó la contradicción ó repulsa con que el demandado pretende excluir, dilatar ó enervar la acción ó demanda del actor. La palabra *exceptio* proviene de *excipiendo* ó *ex-capiendo* porque por la excepción siempre se desmembra ó hace perder algo á la acción del actor. El origen de las excepciones se debe al derecho pretorio de los romanos; lo cual explica el autor, recordando que en el sistema formulario el Pretor determinaba la cuestión que debía resolver el Juez: fórmula que se componía de la *intentio* ó exposición de la demanda y de la *exceptio* ó exposición de los medios de defensa, verbi gracia: *condenarás á menos que no haya dolo ó violencia.* Sustituido el sistema formulario por el extraordinario, dejó de existir la fórmula; la acción quedó como derecho derivado de la ley misma, y la excepción como medio de defensa deducido del pleito.

Divisiones de las excepciones. La primera división de las excepciones es en *reales* y *personales.* Las primeras van inherentes á la cosa, y pueden oponerse por cuantos tengan interés en ella, sea directo, como el deudor principal; sea accesorio, como los fiadores de éste. Las personales van inherentes á la persona, y sólo puede oponerlas aquel á quien las concede la ley ó el pacto, y nó por los demás interesados en la cosa, como la del beneficio de competencia, ó la del deudor solidario á quien su acreedor promete no pedirle la deuda común. Es importante esta división, especialmente para saber el tiempo que dura la excepción, pues si fuere personal, expira con la persona que la goza, y si fuere real, pasa á los herederos, y solo se extingue con el derecho en que se funda y no se prescribe nunca, pues que no puede oponerse cuando se quiera, como las acciones, sino cuando llega la oportunidad por haberse propuesto demanda, De aquí la regla—*temporalia ad agendum sunt perpetua ad exipiendum.*

Las excepciones vienen divididas de atrás, en *dilatorias* y *perentorias*; pero según las doctrinas de los Códigos de procedimiento modernos se han hecho modificaciones. En Francia las perentorias de fondo entran en la clase de defensas; y su Código de procedimiento enumera cuatro excepciones: 1ª la de dar caución: 2ª las declinatorias: 3ª las de nulidad del procedimiento; y 4ª las dilatorias.

Ahora, según venimos viendo en nuestro Código de procedimiento, se reconocen tres: 1ª la inadmisibilidad de la demanda y otras de carácter previo: 2ª las dilatorias; y 3ª las perentorias. Ya estudiamos las primeras y sabemos en que consisten. Ahora vamos á examinar las segundas, que como indica el verbo latino *differre*, de que deriva, según *Caravantes*, son las que difieren ó dilatan el curso del juicio, pero que no extinguen ni excluyen del todo la acción.

Objeto de las dilatorias. El objeto, pues, de las dilatorias, es dilatar ó impedir temporalmente la entrada en el pleito, á diferencia de las perentorias que se dirijen á conseguir la absolución del demandado, desvirtuando ó destruyendo para siempre la acc ón ó derecho del actor. Tal dilación ó suspensión temporal no es para proporcionar una tregua á las partes, ó alcanzar para el demandado un término más largo para prepararse á la lucha, sino --- medio de defensa para evitar que el pleito á que se le obliga, llegue á ıarse por incompetencia del Tribunal, por incapacidad de alguna de las tes ú otra causa legítima—para no responder á una demanda que deba dete-ɐ—ó para exigir ciertas seguridades respecto del resultado del litigio.

ɛnumera el artículo 260 seis de esas excepciones, y agrega otra el 261. os á examinarlas una á una.

egitimidad de persona. La primera, ilegitimidad de persona, puede dirijirse

contra la parte misma, el demandante, ó contra su apoderado, ó digamos con más propiedad, contra su representante, que puede no ser apoderado.

Tiene lugar la excepción respecto al demandante, cuando carece de capacidad para estar en juicio, como el menor sujeto á patria potestad ó á tutela, el entredicho é inhabilitado sujetos á curatela, y la mujer casada no autorizada por su marido, ó á su falta por el Juez, en los casos en que el Código Civil no la autoriza expresamente para representarse en juicio por sí ó por apoderado. Son personas ilegítimas, como vimos en el Tratado de las partes del Libro Primero.

Tiene también lugar la excepción de ilegitimidad de la persona del demandante, que toma el carácter de representante de otro, cuando no presenta la comprobación de ese carácter, y el demandado no se lo acepta, vibi-gracia, cuando demanda en calidad de tutor, curador, marido, padre, madre, hijo, coheredero, condueño, administrador, vicario, socio ó albacea, tomando la representación de persona determinada que dice ser su pupilo ó curado, esposa, hijo, padre, coheredero, condueño, ó de una corporación, iglesia, firma social ó testamentaría determinadas. Si no presenta la comprobación de ese carácter de que hace depender su representación, puede el demandado oponerle la excepción de ilegitimidad.

Si el carácter que toma el demandante no es el de representante de la persona ó derechos de otro, sino como fuente de derechos suyos propios, entonces no se puede combatir ese carácter con la excepción dilatoria, sino con una perentoria, pues se niega el derecho mismo, que es el fondo del negocio. Así, cuando uno demanda alegando que como heredero de N. le corresponde la casa tal, la acreencia cual, ó cualquiera otra cosa, y la demanda del tenedor ó del deudor; al negarle el carácter de heredero se le niega el derecho mismo deducido, y la excepción es perentoria.

Cuando el carácter asumido da solo representación, el actor demanda por otro y para otro; pero cuando el carácter da el derecho, demanda por sí y para sí.

Por supuesto que tiene lugar la excepción dilatoria de ilegitimidad de la persona del apoderado, cuando éste no presenta el documento fehaciente que le acredita como tal, ó cuando el que presenta es inválido por carecer de los requisitos esenciales, ó por ser ininteligible, mutilado ó alterado sustancialmente, ó por contener algún otro defecto que lo haga inadmisible; ó cuando fuere insuficiente por representar en juicio ó en aquel negocio. Como los dichos defectos pueden ocurrir no solo en el poder sino en su sustitución, la excepción se hace lugar entonces contra el sustituto que ha asumido la representación.

En los estudios sobre el Título 2º del Libro Primero tratamos extensamente la materia de los poderes y de los apoderados judiciales. A ellos nos referimos para evitar repeticiones.

Incompetencia del tribunal. La segunda excepción dilatoria es la de incompetencia del tribunal.

Esta excepción que se conoce también con el nombre de declinatoria, tiene por objeto negar al Juez la facultud ó poder de conocer en el asunto, á fin de que pase al competente. Puede fundarse esta excepción en que el litigio no corresponde á la jurisdicción nacional, sino á una extranjera, como cu se demanda á una persona domiciliada y residente en otro país por obl ción contraída allá; ó sobre cosa allá existente, ó que deba tener ejecu allá; ó bien en que la materia de la causa no conresponde al orden del bunal donde se ha propuesto la acción, como un juicio de comiso instau ante la jurisdicción ordinaria, que corresponde á la de Hacienda; una der da contra el Ejecutivo Nacional por contrato con él celebrado, propuesta un Juez de comercio, que corresponde á la Alta Corte Federal; una

por letras de cambio ante un Juez civil ordinario que es de la jurisdicción mercantil, etc; ó bien en que, aun cuando la materia corresponda al mismo orden de tribunales á que pertenece el que está conociendo, no sea de la competencia de éste por el domicilio del demandado que está en territorio distinto, por el lugar de la ubicación de la cosa, ó por la materia, ó por la cuantía, según los casos.

La incompetencia fundada en falta de jurisdicción nacional, se resuelve por las leyes de derecho público interior y los principios de derecho internacional: la relativa á los diferentes órdenes de jurisdicción interna, por los mismas leyes de derecho público interior, principalmente las orgánicas de los Poderes judiciales y cualquiera otra especial; y la relativa á la verdadera falta de competencia, dentro de un mismo orden de tribunales, por la ley orgánica seccional, leyes especiales aplicables y por las reglas establecidas en este Código sobre fuero competente y sobre otras materias contenidas en él.

En caso de incompetencia, da también la ley al demandado el derecho de excitar al Juez que considere competente, presentándole los recaudos conducentes, á promover al que está conociendo una cuestión de competencia. No se excluyen este derecho y el de oponer la excepción dilatoria; porque podría suceder que el Juez excitado no quisiese entrar en cuestión con el otro Juez. Promovidas á la vez la excepción dilatoria y la cuestión de competencia entre los jueces, el curso de la excepción se paraliza desde que el que está conociendo recibe el requerimiento del otro Juez, como lo vimos en su lugar, y se espera la decisión que dé el Tribunal superior respectivo en la cuestión entre los jueces. Si ésta se promoviere después de sentenciada desfavorablemente la excepción, la decisión superior establecerá definitivamente quien deba conocer.

Defecto en la forma. La tercera excepción dilatoria es la de defecto en la forma de la demanda. Forma, no es fórmula, sino modo de proceder. Por consiguiente esa excepción se funda en toda falta en el modo de proceder al intentantar la demanda, bien recaiga sobre el libelo mismo, bien sobre cualquiera otra exigencia de la ley al demandar. Serán, pues, falta de forma no expresar en el libelo todo lo que quiere la ley que en él se exprese, ó ser contradictorio, oscuro ó dudoso en sus términos, ó no acompañar el actor los documentos en que la demanda se funde.

Litis-pendencia. La cuarta excepción dilatoria es la litis-pendencia. Tiene lugar cuando la misma causa promovida ante el Juez ante quien se propone la excepción, haya sido promovida ya ante otro Tribunal competente. No se puede, pues, oponer cuando las dos demandas estén en el mismo Tribunal; y en tal caso lo que procede es la acumulación de autos. Pero esta acumulación no es posible si la otra demanda está en otra instancia, y entonces, sí se hace lugar la excepción dilatoria para impedir que curse el segundo proceso y aun lleguen á darse en él decisiones contrarias á las libradas en el primero. En ello se interesan tanto la parte demandada como la justicia misma.

La causa debe ser la misma, para lo cual es preciso que las partes sean las mismas y que el objeto sea el mismo. No dejan de ser unas mismas las partes porque entre á suceder en el derecho de alguno un tercero, como un heredero ú otro sucesor legítimo; ni es preciso tampoco que en los dos pleitos se haya hecho uso de una misma acción ó que sean idénticas las deman- : basta que versen sobre un mismo objeto, aunque sea por medio de accio- diferentes, como cuando se pide en el uno, la nulidad de una venta y en otro, la rescisión de la misma; ó en el uno se pide el pago de mil pesos acción personal y en el otro la misma suma por la acción hipotecaria contra poseedor de la finca.

Y téngase presente que la acumulación de autos y la excepción de litis pen- cia no son cosas idénticas. La litis-pendencia procede en algunos de los s de acumulación, y ésta y no aquélla en muchos otros más, como lo vimos

en el tratado sobre esta última. La excepción no puede oponerse sino en el acto destinado á la contestación de la demanda y la acumulación en cualquiera estado de la causa.

Condición ó plazo no cumplido La quinta excepción dilatoria es la de condición ó plazo no cumplido. La ley de enjuiciamiento civil española no la enumera como tal; y creen los expositores que en realidad esta excepción puede tenerse como comprendida en la de defecto de forma por el modo de pedirse. Nuestro legislador la ha conservado como distinta, y en nuestro concepto con razón; pues no se trata sino, de no ser justo, que no cumplido el plazo de la obligación ó no llena la condición que ella tiene, se obligue al demandado á entrar en un pleito prematuro; alegación que en esencia no afecta la forma, sino tiende á dilatar ó á diferir el asunto. Si aquel mal puede evitárselo probando en el término breve de la excepción el no vencimiento del plazo ó el no cumplimiento de la condición, no hay razón para negárselo. Si no pudiere probarlo suficientemente, reservaría su defensa sobre ese punto para la contestación al fondo. Los mismos términos de la ley están indicando cuando procede esta excepción. La vimos oponer en un caso de transacción sobre derechos en una herencia, en que se había pactado que si el reclamante ocurría á juicio pretendiendo anular ó atacar de cualquier modo la transacción, debía depositar en el Tribunal con su demanda, la suma que se le había dado, que eran unos quince mil pesos. Demandó, atacando la transacción por creerse perjudicado y aspirando á más, sin hacer la consignación; y opuesta la excepción, fué declarada con lugar. Este exceso en el pedir, era lo que la doctrina española llamaba *plus-petición en tiempo*, como puede verse en Escriche.

Falta de caución ó fianza. La sexta excepción es la de falta de caución ó fianza para proceder al juicio. Es la caución conocida con el nombre de *judicatum solvi*, pagar lo juzgado y sentenciado. Procede esta excepción en los casos del artículo 59 de este Código, cuando alguno de los autorizados para obrar sin poder como demandantes, no asegura las resultas del pleito, sinembargo de exigírselo, si no tuviere responsabilidad suficiente; y también en el caso del artículo 27 del Código Civil, que obliga al demandante no domiciliado en Venezuela á afianzar el pago de lo juzgado y sentenciado, si no tuviere en el país, bienes en cantidad suficiente. De notar es que la ley no hace hoy distinción entre extranjeros y venezolanos: basta que el actor no esté domiciliado en el país; y nótese así mismo, que en ambos casos exceptúa al que posea en la República bienes, ó tenga responsabilidad suficiente. La justicia de las disposiciones y de la excepción se comprende fácilmente desde que quien demanda obra, en unos casos, por otro que puede no ratificar lo que haga, y dejar burlado al demandado, y en los otros casos, que por tener su domicilio fuera del país, está también fuera del alcance de la jurisdicción de los tribunales venezolanos.

La excepción se opone al demandante; pero, es de observar que luego en el tratado de las incidencias se autoriza á ambas partes para pedir, y al Juez para decretar antes ó después de la contestación de las demandas, arraigo, ó sea, aseguramiento de pagar los valores en que pueda ser condenado en definitiva, contra el que pretenda ausentarse del país ó conste que esté fuera de él. Expliquemos estas disposiciones para mayor claridad. La excepción dilatoria se refiere al caso en que el demandante no está domiciliado en Venezuela, y á él se le opone. Al demandado que sólo ocurre al juicio por necesidad, obligado á defenderse, no se le puede exigir caución ni aún en el caso de contrademanda. En ello están de acuerdo los autores, in sos los que tratan de derecho internacional privado, refiriéndose á los ext jeros. La simple razón lo dicta. De modo que quien demanda á otro reside fuera, que está domiciliado fuera, con conocimiento de ello, no e autorizado para exigirle que preste la dicha caución como necesaria p proceder al juicio. El artículo sobre arraigo no se aplica, por tanto, demandado que no esté domiciliado en Venezuela, sino al domiciliado en

que después de demandado se ausenta ó se teme que lo haga; y eso por el temor de que sea para burlar la acción del demandante; presunción que no tiene razón de ser respecto de quien está fuera de Venezuela, porque donde está tiene un domicilio, y no hay posibilidad de suponer que realiza una fuga, pues que está donde acostumbra estar.

Cosa juzgada. La séptima excepción es la de cosa juzgada, cuando la parte quiera oponerla como dilatoria, no obstante ser esencialmente perentoria. Es un favor especial de la ley á esa excepción; atendiendo á la facilidad de presentar el fallo que causa la ejecutoria, y á la conveniencia para todos, de que lo que puede decidirse en una articulación con el recaudo fehaciente del caso, no sufra las dilaciones y gastos de todo un juicio. Si en el término breve de la excepción dilatoria no se puede producir dicha prueba, entonces el demandado podrá reproducirla como perentoria y tendrá todo el término probatorio del juicio para hacer la comprobación. En todo caso deben acreditarse todos los extremos que el Código Civil exige para la cosa juzgada, para que sea procedente la excepción, bien como dilatoria, bien como perentoria.

Art. 262. El demandante contestará las excepciones en el acto en que sean opuestas ó en la audiencia siguiente, á la misma hora.

Art. 163. Todas las excepciones dilatorias opuestas quedan sujetas al mismo término probatorio.

Art. 264. Contradichas las excepciones, se concederán ocho días para promover é instruir pruebas, si así lo pidiere alguna de las partes, y si las excepciones ó su contestación se fundasen en hechos sobre que no estuvieren de acuerdo las partes.

Art. 265 Solo respecto de la excepción de litis-pendencia se concederá, además del término establecido en el artículo anterior, el de la distancia del lugar en que se sigue el juicio que motiva la excepción, si se pide en el acto en que se conteste aquélla, indicándose el lugar y el tribunal donde se encuentran los autos de que se ha de tomar la prueba, la naturaleza de las causas, sobre que versan y las partes entre quienes se sigue.

Si la parte á quien se ha concedido el término de la distancia, no practicare las diligencias consiguientes, ó apareciere por cualquier otro medio que ha procedido con malicia para prolongar el juicio, se le impondrá una multa que no baje de quinientos bolívares, ni exceda de cinco mil, según la importancia de la demanda.

Art. 266. Si no se concediere término para hacer pruebas, el Juez principiará á ver la articulación en la audiencia siguiente á la en que se haya contestado la excepción, y continuará observándose el procedimiento establecido para cuando se trata de la ta y sentencia.

Pero si se ha concedido aquel término, la vista comenzará día siguiente al del vencimiento, y continuará el procedimiento l modo indicado.

ESTUDIO 83.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los artículos insertos son los 253 á 258 del Código de 73 y 258 á 263 de la reforma de 80. La doctrina de esos artículos viene de los 1º á 4º *Ley 3ª Título 1º* del Código de 1838.

DERECHO ESPAÑOL.—La *1ª Tít. 7º Lib. 11* Nov. Recopilación. Ordenamos y mandamos que si el reo quisiere oponer excepciones de incompetencia del Juez, alegando pendencia ú otra qualquier declinatoria, que la ponga y pruebe dentro de nueve días, contados del fin del término de la carta del emplazamiento á que había de venir y se presentar.

EXPLICACIONES

Sustanciación de las excepciones. Entra ahora la ley, en los artículos insertos, á reglar el procedimiento que ha de seguirse para la sustanciación de las excepciones dilatorias. Es tan claro y tan conocido en nuestra práctica que pocas explicaciones son menester.

Ya tenemos dicho que todas las excepciones dilatorias deben proponerse en la oportunidad que la ley ha señalado: después no se puede oponer ninguna otra con tal carácter, aunque sí reproducir su sustancia como defensa de fondo. Si se permitiera la oposición sucesiva de tales excepciones, los juicios serían interminables, con daño del demandante y de la buena administración de justicia.

Contestación. Toca al demandante contestar las excepciones que le han sido opuestas, para rechazarlas ó aceptarlas; y la ley le dá la facultad de hacerlo en el mismo acto de la oposición, ó en la audiencia siguiente á la misma hora. Si escogiere esto último, se suspende el acto para continuarlo en la audiencia siguiente. Y dice la ley *audiencia*, por que se trata de un acto que no puede tener lugar sino ante el Tribunal. Si no compareciere entonces el demandante, que ha de contestar, se dará por contestada la excepción, de la misma manera que si se tratase de la demanda misma, por no haber dado la ley otra regla para la rebeldía. Si fuere el oponente de la excepción el que no compareciere, se oirá la contestación del demandante y seguirá su curso la incidencia. Y si ninguno de los dos compareciere, quedará el asunto diferido indefinidamente hasta que uno de éllos promueva lo que tenga á bien. Entonces consecuente con lo que queda establecido para esos diferimientos indefinidos, hay que citar por boleta á la otra parte, ó á su representante, antes de volver á dar curso al asunto.

Si el demandante conviniere en las excepciones, terminará la incidencia, y se ejecutará ó cumplirá lo convenido. Si fueren varias las excepciones, y el actor conviniere en alguna, y contradijere otras, quedará terminada la incidencia respecto de aquélla y continuará sólo respecto de éstas. Y en todo caso de contradicción de todas ó de alguna, terminará el estado de contestación de la incidencia y entrará ésta en el de vista y sentencia, si no hubiere lugar á pruebas, ó al de pruebas en caso contrario.

Pruebas. ¿Cuando habrá lugar á pruebas? Según el artículo 264 cuando alguna de las partes lo pidiere, con tal que las excepciones ó su contestación se funden en hechos sobre que no estuvieren de acuerdo las partes. De suerte que si no se han alegado hechos por una ni otra parte, ó si alegados estuvieran de acuerdo éstas, no habrá lugar á término probatorio.

Este término es uno solo para todas las excepciones según el artículo . su duración será de ocho días para promover é instruir las pruebas, esto ocho días de audiencia para que pueda llenarse el objeto de la ley, sin tener de distancia.

Término de distancia. La única excepción que hace el artículo 265 es respecto de la litis pendencia, en la cual se concede el término de distancia, de ida y vuelta del lugar del juicio al donde se encuentran los autos de que se ha de tomar la prueba; siempre que se pida en el acto en que se contesta la excepción indicando el lugar y el Tribunal donde existan aquellos autos, con expresión de la naturaleza de la causa sobre que ellos versan y las partes entre quienes se siguen. Son estos datos necesarios para la evacuación de la prueba, y su declaratoria, precaución contra el abuso del promovente que anticipa así una prenda de su buena fé. Pues la ley previendo que se haga mal uso de la concesión, y con malicia se quiera sólo prolongar el juicio, ordena que si quien ha obtenido la concesión no practicare las diligencias consiguientes á la evacuación de la prueba, ó apareciere por cualquiera otro medio aquel mal propósito, se le imponga una multa que no baje de quinientos bolívares, ni exceda de cinco mil, según la importancia de la demanda.

Nos parece que respecto de esta pena ha de salvarse el caso de fuerza mayor, como guerra en el lugar, peste, inundaciones etc, atento al principio de que *ad imposibilia nemo tenetur*, pues así está probada la falta de malicia, ó de intención punible. No dice el artículo á quien deba aplicarse la multa, si á las Rentas ó á la parte contraria. Mas como el caso es igual al previsto por el legislador cuando se trata del término extraordinario de pruebas, natural es que se haga lo mismo, que es aplicar la multa como indemnización á la parte contraria, siguiendo la regla que *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio juris.*

Vista y sentencia. Concluido el término probatorio concedido, se procederá á la vista y sentencia de la incidencia el día siguiente al del vencimiento. Y si no hubiere habido término de pruebas, la vista comenzará el día siguiente á la contestación de la excepción. En ambos casos, se seguirán en la vista y sentencia, las disposiciones establecidas en este mismo Código para la vista y sentencia del asunto principal.

Art. 267. Contra la sentencia librada en la articulación sobre excepción dilatoria no se admitirá otro recurso que el de queja. Exceptúanse las excepciones de cosa juzgada y de condición ó plazo no cumplido, en que se oirá apelación cuando sean declaradas con lugar; y la de ilegitimidad de persona, en que se oirá también, ya se admita ó ya se deseche.

También se oirá cuando de la decisión resulte negada la jurisdicción de la República: sin perjuicio de que en todo caso en que se interese ó discuta dicha jurisdicción, se cumpla lo dispuesto en el artículo 32.

Art. 268. Si conforme á la decisión de la articulación debe procederse á la contestación de la demanda, esta contestación tendrá lugar en la audiencia siguiente á la de la sentencia, á la misma hora que antes se había fijado.

ESTUDIO 84.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los dos artículos copiados son sustancialmente, con las variaciones, los 259 y 260 del Código de 73, y 264 y 265 del de 87. Vienen del Art. 59, Ley 13, Tít. 29, del de 38, que decía así. «Si conforme

á la decisión del artículo tuviere lugar la contestación de la demanda, la dará el demandado en el mismo acto; y no haciéndolo después de requerido por el juez se expresará en el acta y se procederá como si hubiese contestado. . . . »

EXPLICACIONES

No hay apelación por regla general. Dispone el artículo 267 que contra la sentencia librada sobre excepción dilatoria no se admite otro recurso que el de queja. Esta es la regla; fundada sin duda en que de ordinario solo producen el efecto de dilatar, y no tienen fuerza de definitivas. El mal que pudiera hacer una decisión injusta es remediable; y se obtiene por otra parte el beneficio de no alargar el juicio.

Excepciones de la regla. Pero hace la ley varias excepciones á esa regla, que son, cuando sean declaradas con lugar las excepciones de cosa juzgada y de condición ó plazo no cumplido, y cuando la decisión recae sobre la excepción de ilegitimidad de persona, sea admitiéndola sea desechándola. En los dos primeros casos es condición que la sentencia declare con lugar las excepciones, para oir la apelación; de modo que si las desecha, no hay alzada. La diferencia es palmaria: declarada con lugar la cosa juzgada, la sentencia tiene fuerza de definitiva y produce ejecutoria: la apelación es procedente, conforme á las reglas establecidas para las apelaciones; pero declarada sin lugar, no trae tales resultados, porque puede reproducirse como excepción de fondo, é irse á decidir en la sentencia definitiva de la causa. Cuando se declara con lugar la excepción de condición ó plazo no cumplido, si nó de derecho, de hecho puede resultar que la acción quede anulada por imposibilidad de volverla á intentar, teniendo en tal caso la decisión fuerza definitiva, y no podría negarse la apelación.

La otra excepción de la ley, es respecto de la dilatoria de ilegitimidad de persona, en la cual es procedente la apelación, sea que se declare con lugar sea que se deseche. Hay riesgo manifiesto de gravamen irreparable; porque declarada sin lugar de modo infundado ó injusto, vá á seguire un juicio con persona verdaderamente ilegítima, y aquel queda expuesto á nulidad; y si se declara con lugar sin motivo legítimo, se hiere un derecho en que puede menoscabarse la condición legal de la parte misma y aun anonadarse su acción, como cuando se declarase casada á una mujer soltera, inhabilitada á una persona hábil etc, y aun en el caso de obrar la sentencia contra la representación de tercero, pudiera producir tal tropiezo y gravamen que llegase á dañar el derecho deducido en el juicio, dando lugar, verbigracia, á que se consume una prescripción ú otro mal irremediable. La apelación se impone, en consecuencia.

Y la última excepción de la ley es para el caso en que de la decisión resulte negada la jurisdicción de los tribunales de la República, en el cual ha de oírse también la apelación. Se aunan aquí el interés de la parte á quien se manda reclamar al extranjero, con el interés público que no permite sacrificar sin mayor examen la jurisdicción nacional. Por eso la ley, agrega que debe llevarse á cabo en todo caso, la consulta establecida en el artículo 32, que estudiamos en el Título Preliminar.

Contestación á la demanda. El artículo 268 preceptúa que si conforme á la decisión de la dilatoria, deba procederse á la contestación de la demanda, esa contestación tendrá lugar en la audiencia siguiente á la de la sentencia, á la misma hora antes fijada si ha de darse en el mismo Tribunal. El caso es el de haberse desechado la excepción; pero se observa que la ley no prevee sino el de no haber apelación, bien por que no haya lugar á ella, bien por que haya sido consentida la decisión; y fija para la contestación al fondo la audiencia siguiente á la de la sentencia. ¿Y si se ha oído apelación? Claro es que, dándose curso á ésta, hay que esperar á que bajen los autos, para que

se ejecute la sentencia definitiva que hayan librado los Tribunales superiores. Al volver, el Juez de la causa manda guardar, cumplir y ejecutar la sentencia del superior. Si ella declaró con lugar la excepción, nada tiene que ejecutar el inferior, á no ser el pago de costas, si hubiere habido condenatoria; y si fué declarada sin lugar, el Juez tiene que fijar la audiencia en que haya de tener lugar la contestación. La ley sobre ejecución preceptúa que el cuarto día se dicten las medidas de ejecución.

Art. 269. La declaratoria de haber lugar á las excepciones dilatorias, producirá los efectos siguientes:

1º La de ilegitimidad, el de paralizar el juicio hasta que se presente la persona que sea verdaderamente legitima, ó hasta que se subsane la falta declarada respecto de la personalidad.

2º La incompetencia del Tribunal, el de pasar los autos al Juez competente para que continúe conociendo, conforme al procedimiento que deba seguir.

3º La de defecto en la forma, el de paralizar el procedimiento hasta que se subsane el defecto en el sentido ordenado en la decisión.

4º La de litis-pendencia, el de remitir la demanda al Tribunal donde el juicio esté pendiente.

5º La de condición ó plazo no cumplido, el de paralizar el juicio hasta que aquellos se hayan cumplido.

6º La de defecto de caución ó fianza, el de paralizar el juicio hasta que se haya prestado.

7º La de cosa juzgada, el de poner término al juicio.

ESTUDIO 85.

ANTECEDENTES.

Como la disposición es enteramente nueva, no hay antecedentes en las leyes patrias, ni españolas ni romanas.

EXPLICACIONES

Efecto de las excepciones acogidas. El artículo á que vamos á contraernos enumera los efectos de la declaratoria de haber lugar á las diversas excepciones.

La de ilegitimidad, el de paralizar el juicio hasta que se presente la verdade- persona legítima, ó se subsane la falta declarada respecto á la personali- ¿Se funda la declaratoria en ser el actor, menor, inhabilitado, mujer ada sin la autorización necesaria? Pues es preciso para continuar el jui- que venga á obrar por él la persona que deba representarle legitima- nte, padre que ejerza la patria potestad, tutor legítimo, marido, ó que ga poder en regla. ¿Fué el fundamento el ser vicioso, insuficiente el po- del apoderado? Hay que traer nuevo poder, sin tacha, ó venir con él,

otro apoderado. ¿Faltó la prueba del carácter que dá la representación, nombramiento de administrador, de albacea etc? Ha de traerse la comprobación que se echó de menos. Lógico y natural es, para que el juicio no llegue á invalidarse por el vicio que se notó.

La de incompetencia del Tribunal lleva por consecuencia pasar los autos al competente, agregando la disposición: «para que continúe conociendo, conforme al procedimiento que debe seguirse». Lo primero es obvio; y esto último explica, que no se necesita otra cosa, porque á aquel á quien compete, toca encarrilar el procedimiento legalmente segun lo resuelto. ¿Se declaró no ser la demanda de la competencia del Juez civil, sino del mercantil?; pues se pasa á éste, el cual tendrá que examinar si lo hecho hasta allí tiene algún vicio esencial según el procedimiento mercantil, para mandarlo subsanar aun con una reposición, si fuere necesaria: como sucedería, por ejemplo, si debía tener lugar la contestación de la demanda ante el Tribunal pleno, caso en que es preciso repetir el acto, dictando las medidas del caso para constituir al efecto aquel Tribunal. Si la ley no hubiese hablado, simplificando el proceder, habría quedado ese punto sujeto al criterio de cada cual, y podrían repetirse los absurdos que se han visto en la práctica, de exigir reformas del libelo, desistimiento de la acción, pago de costas y aun de perjuicio etc. Si con vista de aquel mismo, mismísimo libelo, fué que los tribunales, encontraron corresponder la demanda á otra jurisdicción, ¿qué reforma, ni desistimiento ha de necesitarse? Está hecha en el fallo la declaratoria de competencia del otro Tribunal, nada más sencillo pue dejar á éste el cuidado de amoldar el procedimiento de aquella causa, al que la ley le dice que ha de seguir él.

Que acogidas las excepciones de defecto en la forma, de litis--pendencia, de condición ó plazo no cumplido ó de falta de caución, tenga el actor que subsanar aquellos defectos de la demanda, pasar el Tribunal los autos al Juez donde pende ya el negocio, y esperarse á que se cumplan el plazo ó la condición ó se dé la caución para continuar el juicio, son cosas tan naturales como que en verdad no es más que respetar y cumplir lo fallado, que es el objeto de las decisiones de los tribunales.

Finalmente la declaratoria de proceder la excepción de cosa juzgada, dice el artículo que lleva por efecto el poner término al juicio; lo cual es principio inconcuso en derecho, como se declara en el Código Civil.

---

§ 3º

De la contestación al fondo de la demanda

Art. 270. A falta de las excepciones previas y dilatorias, ó si hubieren sido desechadas, procederá el demandado á la contestación de la demanda, de palabra ó presentándola escrita, en la cual expresará de una manera clara si la contradice en todo ó en parte, ó si conviene en ella absolutamente ó con alguna limitación y razones ó excepciones perentorias que creyese conveniente ale

La contestación verbal se extenderá en el acta que firmarán Juez, el Secretario y las partes; y la escrita se agregará al ex diente con una nota firmada por el Juez y el Secretario, en la cu expresará que aquella es la contestación presentada.

Art. 271. Si el demandado conviniere en todo lo que se le exija en el libelo de demanda quedará esta terminada; así se expresará en una acta que firmarán el Juez, el Secretario y las partes; y se procederá como en cosa juzgada.

Art. 272. Si á la contestación de la demanda se acompañaren documentos; y para instruirse de ellos pidiere el demandante que se difiera el acto, se señalará desde luego uno de los tres días siguientes, según la extensión de aquellos.

Art. 273. El demandante podrá reformar su demanda antes de la contestación; pero en este caso se le concederán al demandado otros diez días para que la prepare y la dé.

ESTUDIO 86.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los cuatro artículos copiados son los 191, 192, 193 y 194 del Código de 80, y 188, 189, 190 y 191 del 73. Y traen su orígen de los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 3ª Tit. 1º del Código de 38.

Ley orgánica de Colombia.—Art. 50 y 79.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 7ª Tit 3º Part.* 3ª Catadas todas las cosas que de suso diximos debe después el demandado responder á la demanda en esta manera: otorgando de lleno lo que le demandan, si es cierto que verdaderamente lo deve. Ca si lo negasre y le fuesse después probado caería por ende en daño e en vergüenza, pechando lo que le demandaban e demás las costas é las misiones á aquel que venciesse la demanda. Mas cuando otorgasse luego lo que devía el Juzgador le deve mandar que pague lo que conosció, fasta diez díaz, ó á otro plazo mayor, segund entendiere que es guisado, en que lo pueda complír. E si por aventura entendiere que la demanda quel fasen non es verdadera, dévela negar de lleno, diciendo que non es assí como ellos ponen en su demanda, e que non les deve dar nin fazer lo que piden. E después que el demandado ha respondido en esta manera á la demanda que le fazen, es comenzado el pleyto por demanda e por respuesta, á que dizen en latín *litis contestata*, que quiere tanto decir como lid ferida de palabras.

Ley 1ª Tit. 6 lib. 11 Nov. Recop. Por que se aluengan los pleytos por razones maliciosas de los demandados non queriendo responder directamente á las demandas, Nos, por abreviar los pleytos establecemos, que en los pleytos que anduvieren en nuestra Corte y en las ciudades y villas y lugares de nuestros reynos, que del día que la demanda fuere puesta al demandado ó su procurador sea tenido á responder derechamente á la demanda, contestando el pleyto, conociendo ó negando, hasta nueve días contínuos; y si así no respondiere que sea habido por confeso por su rebeldía por esta nuestra ley, aunque no sea dada la sentencia contra él sobre ello.

EXPLICACIONES

igencias de la ley en la contestación. Sigue el legislador reglando paso á paso el acto de contestación á la demanda; y después de haber tratado de las excepciones de inadmisibilidad y otras previas, que son las primeras que deben alegarse, y de las dilatorias que siguen á aquellas en órden, dice,

que si no se han opuesto ni las primeras ni las segundas, ó si opuestas han sido desechadas, llega el momento de contestar al fondo, y el demandado debe hacerlo de palabra, ó presentando el escrito que contenga la contestación, en la cual ha de expresar de manera clara si contradice la demanda en todo ó en parte, ó si conviniere en ella absolutamente ó con alguna limitación, y las razones ó excepciones perentorias que creyere conveniente alegar.

Si la contestación fuere verbal se extenderá en el acta tal como haya sido dada, sin alteración (salvo el derecho del Juez de hacer suprimir cualquier concepto injurioso ó indecente); y si fuere escrita se leerá y mandará agregar á los autos, con la nota del Juez y d l Secretario de ser aquella la contestación presentada.

Nombre del acto. Parece que el *Conde de la Cañada* no encontraba propio el nombre de contestación; por aquello de que el demandado no pregunta en su libelo, sino que establece su pretensión, según dice *Caravantes;* pero no encontramos la incorrección, toda vez que no solo se contesta á preguntas, sino también á proposiciones ó exigencias, que no es otra cosa lo que contiene un libelo. La ciencia desde tiempos remotos ha dado siempre al acto, el nombre de contestación, y el citado *Caravantes* en sus comentarios, citando á *Gonzalez, Vinnio,* y *Zinmermn* nos dice que la palabra litis-contestación viene de *testatio litis,* porque según el antiguo derecho romano cuando el magistrado daba la fórmula á los litigantes para comparecer ante el Juez, se emplazaban aquellos para dicha comparecencia invocando solemnemente el testimonio de las personas que estaban cerca del Tribunal, diciéndoles: *testes estote,* con cuyas palabras se consideraba contestado el pleito y aceptado el proceso, dado el Juez pedáneo.

Términos en que puede darse. La contestación de la demanda no es, pues, sino la respuesta que dá el demandado á las pretensiones del actor, esto es, á su petición. Nuestro artículo dice que debe darse manifestando de manera clara si contradice la demanda en todo ó en parte ó si conviene en ella absolutamente ó con alguna limitación; lo cual quiere decir que exprese claramente si conviene en el todo de la demanda, y si así no fuere, que exprese la parte en que conviene y la que contradice, ó bien la parte en que conviene y que contradice lo demás. No haciéndolo así, tanto el Juez como el actor tienen derecho á exijir que cumpla con la ley, en la inteligencia de que su negativa á ello, le expone á que se le tenga como si no hubiera contestado, en el todo ó en la parte correspondiente, y se le declare en definitiva confeso en ello. Pero si en sustancia el demandado llena aquella exigencia de la ley, á nada más está obligado, por más que omita dar explicaciones; pues tiene completa libertad de redactar su contestación en los términos que sean, á su juicio, convenientes.

En consecuencia, puede convenir en el todo de la demanda, sin más explicación, ó convenir en la parte que exprese, también sin explicación; lo cual constituye lo que los prácticos llaman contestación *afirmativa expresa*: puede limitarse á consignar la cantidad ó cosa que se le demanda; lo cual constituye *la afirmativa tácita*: puede contradecir la demanda en todas sus partes ó en la que expresamente determina por infundada é injusta sin más agregación, ó bien añadiendo las razones ó explicaciones de su contradición, ó bien reconociendo el hecho ó hechos de la demanda, oponer excepciones perentorias que paralicen, destruyan, compensen ó desvirtúen el derecho deducido: todo lo cual constituye la *negativa expresa*; ó en fin puede abste- de contestar y aun no concurrír, para que se dé por contestada la deman que constituye la *negativa tácita*, -pues se procede como si hubiera co- cho, sin perjuicio de la declaratoria de confeso, de que hablaremos des-

Importancia de la contestación. El acto de contestación es unc esenciales del juicio, tanto, que sin él, hablando con propiedad, no L to; porque es el momento en que se oye al demandado, y en que qued

malizada la lucha; y sin la contestación expresa ó suplida legalmente no puede pronunciarse sentencia definitiva, como lo trae *Manresa*, quien agrega que por eso la ley de las Partidas la llamaba *comenzamiento é raíz de todo pleyto*, y algunos autores *lápiz angularis* et *fundamentum judicii*. Y si á esto añadimos que la conducencia ó inconducencia de la prueba se juzga por la acción y por las excepciones opuestas; y que la sentencia definitiva ha de ser congruente con aquella y con estas, se comprenderá bien toda la importancia é influencia de la contestación, en el pleito.

Tan acucioso como el demandante en saber proponer su demanda, debe serlo el demandado en su contestación. A veces conviene ser lacónico, conciso, pero sin entrabar la defensa, sin recortar la libertad de acción para la prueba y para las alegaciones de derecho. A veces convienen las mayores explicaciones y el mayor acopio de datos. Y no faltarán ocasiones en que según la táctica desplegada por el adversario, se requiera verdadera extrategia, para ser, ya reservado en algún punto, ya abierto en otros, conforme el plan de la defensa en los asuntos graves y complicados. Y aquí la ciencia y practica del abogado serán la única salvaguardia de los intereses de la parte.

Si el demandado, evitando contestar, consigna la cantidad ó cosa que se le demanda, concluye el asunto, pues la demanda queda hasta ejecutada.

Si contesta conviniendo en todo lo que se le demanda, también termina el asunto, salvo lo que advertiremos, por que ese convenio hace veces de sentencia ejecutoriada.

Si conviene en la demanda pero con limitaciones ó condiciones, como por ejemplo, si está dispuesto á pagar el capital y no los intereses demandados, ó á entregar la cosa pero á condición de que el actor le abone las mejoras hechas ó acepte las responsabilidades por reclamaciones de tercero etc., deberá seguirse el juicio, á menos que el demandante aceptare aquellas limitaciones ó condiciones.

Y si la demanda fuere contradicha, bien por mera negativa, bien por oposición de excepciones, deberá seguirse el juicio, como se dirá.

Advertencias sobre el convenio en la demanda. Respecto del caso de haberse convenido en la demanda, tenemos que hacer algunas advertencias y recuerdos. Sea lo primero que como dijimos al estudiar el Título de las partes, hay personas á quienes está prohibido convenir en la demanda, sin ciertas formalidades, como los tutores, que necesitan autorización judicial; así como hay asuntos en que el convenio no basta, por no permitir la ley que ciertos actos se consumen por el solo acuerdo de las partes, á causa de interesarse el orden público, como la nulidad del matrimonio y el divorcio. Respecto á tales personas y asuntos, no puede el Tribunal dar desde luego por terminado el juicio. Necesita, en cuanto á las primeras, exigir la comprobación de la necesidad y utilidad de tal convenio, para resolver con pleno conocimiento de causa. Y acerca de los asuntos en que no cabe transacción, mandar seguir el juicio con el defensor del matrimonio.

Es la segunda observación que, como el artículo que habla del convenio en la demanda, dice expresamente que se levanta un acta en que así se haga constar, que han de firmar el Juez, el Secretario y las partes, creía nuestro comentador *Sanojo*, que las firmas de las partes son esenciales para la validez del acto, y que deba ponerla un tercero por aquella que manifieste no saber ó no poder firmar. Como el artículo no establece ese medio suplir la firma, creemos que, si bien convendría hacerlo así, no por su se anularía ú viciaría el acto, porque las nulidades, sobre todo de procedimiento, tienen que ser establecidas por la ley. Tan cierto es que basta para la validez del acto la constancia puesta por el Tribunal de no aparecer firma de alguna parte por haber esta manifestado no saber ó estar imposibilitada de firmar, que si esa parte, no obstante saber y poder hacerlo, se niega

á verificarlo, el acto es válido desde que el Tribunal haga constar esa circunstancia. ¿Por qué tener como verdad indiscutible esa constancia puesta por el Tribunal, en un caso y no en el otro? En ambos, como en todo los demás que se ejecutan en audiencia, no está la fé pública del Tribunal mismo, que dá perfecta autenticidad? ¿Es garantía de la propia parte que ella firme ó lo haga otro por ella? Está en su derecho acompañándose con un tercero á quien encargue de hacerlo, y ningún obstáculo podrá ponerle el Tribunal.

Y es la tercera observación que con las palabras finales del artículo *y se procederá como en cosa juzgada*, ha quedado cerrada la puerta á la debatida cuestión que de atrás traían el *Conde de la Cañada* y *otros expositores españoles*, sobre los efectos del convenio en la demanda, y sobre la diferencia entre él y otros actos en que el demandado confesase los derechos del actor, para sostener unos que siempre debía librarse fallo, y otros lo contrario. Según nuestro artículo, el convenio de la parte viene á ser su propia sentencia, por lo cual se le dá fuerza de cosa juzgada. No falta ya sino la ejecución. Eso es justo y expeditivo.

Excepciones perentorias. Las excepciones que pueden aducirse como fundamento de la contradicción, son todas las que tenga que alegar el demandado, aun que sean de carácter dilatorio y no se hayan opuesto como tales ó hayan sido desechadas en ese carácter; pues desde que la ley no pone ningún límite á los fundamentos de la contradicción y deja completa libertad á la defensa, no encontramos razón que impida reproducir la materia de una dilatoria como defensa de fondo. En nada daña esa libertad del demandado de utilizar todo lo que crea conducente y eficaz para contradecir á su adversario; porque todo ha de ser apreciado en definitiva. Pero pasada la oportunidad del acto de contestación, no puede ya oponer ninguna otra excepción que tenga por fundamento algún hecho; porque los hechos deben quedar alegados antes del debate probatorio, toda vez que sería injusto permitir al demandado reservarse un medio de defensa para utilizarlo cuando ya el actor no puede combatirlo con una contra prueba. Se faltaría á la buena fé, permitiendo la deslealtad en el debate judicial, con la ocultación de mejores armas con que herir alevosamente al contrario. Pero repetimos que son las excepciones de hecho ó fundadas en hechos, las á que nos referimos; pues las de derecho, las que nacen de la aplicación de las leyes á los hechos comprobados, pueden alegarse en toda oportunidad, hasta en los informes para el fallo definitivo.

No creemos necesario detenernos á indicar los efectos que atribuyen los autores á la contestación; porque en verdad no son otra cosa que el cumplimiento de disposiciones expresas de las leyes, como deberse seguir el juicio hasta su conclusión, no poderse variar la acción ni la contestación etc., etc.

Documentos producidos por el demandado. El artículo 272 dispone que si á la contestación de la demanda se acompañaren documentos, y para instruirse de ellos pidiere el demandado que se difiera el acto, se señale desde luego uno de los tres días siguientes. Nada más justo; porque como el interés principal del juicio es la demostración de la verdad, y como la igualdad de las partes en sus medios de defensa, y la lealtad en el debate, son indispensables para llegar á aquella, debe la ley facilitar á cada interesado el estudio de los recaudos que presentare su adversario para poder disipar errores en tiempo oportuno, ó poder luchar con conciencia desu derecho. Quizas esos documentos le hagan conocer hechos que ignore, y le pongan en capacidad de rectificar sus juicios ó de mejorar su defensa.

Objetan algunos la frase *que se difiera el acto* de que usa la ley ocasionada á servir de fundamento al demandante, para pretender lue se le permita retirar ó reformar su demanda en aquel estado del Las palabras no pueden alterar la verdad de las cosas: la contestac sido ya dada, y consta así auténticamente en el acta; y la ley no hac cosa en esta disposición que preveer un incidente que puede ocurrir,

verlo en justicia, sin que esto pueda autorizar á nadie para negar la verdad de estar dada la contestación á la demanda, y tomar tal falsedad como bace de otras solicitudes. ¿No está diciendo el mismo artículo *si á la contestación de la demanda* se acompañaren documentos? ¿Cómo negar la existencia de esa contestación?

Nuevos documentos del actor ¿Y que se haría si fuese el actor quien presentare en el acto de la contestación nuevos documentos en apoyo de su demanda, y el demandado antes de contestar, pidiese que se le acordase término para instruirse de ellos antes de dar su contestación? Creemos que debe dársele el mismo término que el artículo concede al demandado, para mantener la igualdad entre las partes, conforme al espíritu del artículo 27 de este mismo Código.

Indicación y no presentación de documentos. Pero una dificultad más grave puede surgir en el momento á que nos contraemos, y es la de que el demandado indicando la oficina en que se encuentre el documento de que quiera valerse, pretenda que se tenga como presentado en aquel acto. No creemos justa la pretensión; porque, si bien al promover la prueba, que es oportunidad distinta de esta á que nos contraemos, faculta la ley para suplir la presentación de documentos con la indicación de la oficina y lugar donde se encuentren, es porque ya se inicia el debate probatorio, en que hay tiempo bastante para buscar é instruirse de tales documentos, que acaso estén en lugar distinto del juicio. ¿Con qué fin pedir en el acto de contestación que se le den por presentados desde luego? ¿Es para alegar después, que desde ese momento debe tenérsele como instruido el adversario de tales documentos. y hacerle los cargos que resultaren de tal supuesto, sobre todo si no pide el término que le concede el artículo? Nó, esa sería una presentación prematura, que está fuera do la previsión del artículo, que es la de que *á la contestación se acompañaren documentos.* No se han acompañado: luego no hay por que ocuparse de ellos en aquel acto, y tiempo habrá para prever sobre su presentación.

Reforma de la demanda. El artículo 273 declara que el demandante podrá reformar su demanda antes de la contestación; y dispone que en tal caso se le concedan al demandado otros diez días para que la prepare y la dé.

Según la antigua práctica española el demandador podría recoger su libelo antes de la contestación para aclararlo ó adicionarlo, pero nó para variar la acción en su esencia, de modo que resultase otra distinta, Después que el País se dió Códigos propios, algunas de esas antiguas prácticas han tenido que desaparecer, sustituyéndolas con otras amoldadas al espíritu de las nuevas disposiciones. Tal ha sucedido con la que dejamos indicada. Los términos del actual precepto, no ponen ninguna limitación á la facultad de reformar la demanda, y el hecho de ordenar que se concedan al demandado otros diez días, como se hace en toda demanda, excluye aquella limitación. Nada impide que la reforma sea absoluta, y en nada se daña al demandado por que el libelo que sustituya al primero llegue hasta variar la acción pues que se le dá el mismo término para preparar y dar su contestación. Exigir el desistimiento de la primera demanda para dar curso á la nueva, sería en sustancia sacrificar la verdad á una ritualidad innecesaria. El antiguo libelo queda sustituido por el último, y á este se dá curso. El interés de la justicia en los debates judiciales es como tenemos dicho, buscar la ver-l, con lealtad completa; y á ello contribuye el facilitar hasta donde sea ible á cada parte, el medio de no incurrir en errores, y debatir solo lo n conciencia crea corresponderle.

portunidad de la reforma. No es preciso que la reforma se haga días an-e la contestación, puede verificarse en el acto mismo, con tal que sea s que el demandado entre á oponer excepciones ó á contestar al fondo. stumbran los tribunales, cuando la reforma se hace verbalmente en el acto limita á la supresión de algún punto del libelo, á la adición de algún

otro, ó á alguna simple aclaratoria, hacerla constar, dejar instruido al demandado en el acto mismo, y darle el nuevo término; y cuando la reforma se hace por un nuevo escrito ó por una diligencia, y contiene variaciones sustanciales, acordar que se pasen al demandado copias del nuevo libelo ó de la diligencia reformatoria, y que empiezen á correr los diez días desde el recibo de esas copias: en una palabra proceder como en toda demanda, ya por que la citación es de esencia para la validez del juicio, ya porque podría suceder que habiendo conferido el demandado su poder en vista de la primitiva demanda, resultare insuficiente para la reforma.

Recordamos haberse pretendido èn una ocasión retirar una demanda y reformarla después de haber opuesto el demandado excepciones dilatorias, alegando que no decididas estas, no había llegado todavía el momento de contestar la demanda. Tal interpretación nos parece, más que error, una verdadera socaliña con la cual se querían eludir los efectos de las excepciones opuestas. El acto de la contestación es uno solo, desde el principio hasta el fin; y comienza desde que el demandado entra á usar de los derechos que le dá la ley para esa oportunidad. La permisión de aquella no puede entenderse sino en tanto que la materia esté íntegra, y no haya comenzado el demandado á emplear sus medios de defensa. Sería burlar estos, obrar de otro modo. La intensión del legislador se limita á facilitar al actor el medio de rectificar su juicio y enmendar cualquier error ó exceso en que hubiere incurrido, antes de empezar la lucha, nó después de empeñada esta.

Recientemente se ha promovido la cuestión, de si después de desechada una excepción de inadmisibilidad ó previa, puede el actor reformar ó nó su demanda. Las opiniones se han dividido en dos soluciones contrarias. Las unas, fundándose en lo estricto del derecho y en los términos de la ley, sostienen que no puede admitirse la reforma; porque el acto de contestación es uno, aunque dividido por la ley en varias partes, una de las cuales es la oposición de las excepciones de inadmisibilidad y otras previas; de suerte que el acto no está íntegro, está inconcluso y no puede interrumpirse con otra cuestión diferente: fuera de que los Jueces que sentenciaron las excepciones de inadmisibilidad ó previas opuestas, sólo tuvieron presente el libelo que se presentó, y sería entonces necesario que al hacerse una reforma en él, comenzase de nuevo el acto de contestación y pudieran oponerse otra vez esas excepciones de inadmisibilidad ó previas; lo cual parece absurdo y podría eternizar el juicio. Las otras opiniones, fundándose en la moral y en el principio de nuestro Código de que el norte debe ser la verdad, sostienen que debe admitirse la reforma; porque la verdad es que el negocio está íntegro, pues lo que se ha discutido y fallado en las excepciones de inadmisibilidad ó previas no es sino si el demandado debe ó no entrar en el pleito. Siendo esa la verdad, debe predominar sobre el rigorismo del derecho. Si se desechan las excepciones, esto es, si se declara que debe entrar en el pleito, debe gozar de los derechos de todo demandante, entre ellos el de reformar su libelo. Esa reforma estaría en el caso de cualquiera otra admisible.

Como aun no se ha establecido jurisprudencia por sentencia de los Tribunales, cada cual puede sostener cualquiera de las dos opiniones. Nosotros, después de meditado el punto encontramos más jurídica la primera, porque la reforma podría dar lugar á que se repitiesen las mismas excepciones de inadmisibilidad ó previas: no parece correcto que se repita una parte del o de contestación, y pudieran surgir dificultades ó complicación.

---

§ 4º

De la reconvención

—

Art. 274. Podrá el demandado hacer reconvención ó mutua petición, expresando con toda claridad y precisión el objeto y sus fundamentos; y si versase sobre cosa distinta de la del juicio principal, determinándola como se expresa en el artículo 241.

Art. 275. El Juez á solicitud de parte y aun de oficio, declarará inadmisible la reconvención, si esta versare sobre asuntos ó puntos para cuyo conocimiento carezca de jurisdicción por razón de la materia, ó sobre materia cuyo procedimiento sea incompatible con el del juicio ordinario.

Art. 276. Admitida la reconvención, se concederá al demandante el término de diez días para contestarla, suspendiéndose entre tanto el procedimiento respecto de la demanda.

Si no se hiciere reconvención, ó fuere rechazada por el Juez; el demandado podrá intentar separadamente las acciones que le competen contra el demandante.

Art. 277. Contestada la reconvención, el Juez procurará la conciliación de las partes, tanto sobre la demanda como sobre la reconvención; y si no se lograre, sin perjuicio de poder llamarlas á conciliación en otra oportunidad que juzgue conveniente, se seguirá un solo procedimiento hasta la sentencia definitiva, que deberá abrazar la demanda y la reconvención.

Art. 278. Si no se hubiere propuesto reconvención, contra dicha que sea la demanda en todo ó en parte, el Juez procurará la conciliación de las partes; y si no se lograre se hará constar lo ocurrido y el juicio seguirá su curso.

La falta de exitación á la conciliación no será motivo ni de reposición ni de nulidad en ningún caso.

Art. 279. Lograda la conciliación en cualquiera de los casos de los dos artículos precedentes se insertarán en el acta los términos de la conciliación, y se dará por concluido el pleito.

ESTUDIO 87.

ANTECEDENTES

DERECHO PATRIO.—Los seis artículos que vamos á estudiar estaban prendidos en los artículos 195 y 196 del Código de 80, que eran iguales á los y 193 del de 73. La materia de tales disposiciones trae su orígen *de los arts. 4º* o *Ley 3ª Tit. 1º del Cod. de 38.*

RECHO ESPAÑOL.—*Ley* 4ª *Tit. 10. Part.* 3ª Acaesce á las vegadas

que el demandador quiere fazer su demanda á aquel que fiizo emplazar delante el juzgador, E dice su contador que él quiere demandar, e que primeramente deve él fazer su demanda . . E decimos que si ambos los contendores movieren sendas demandas ó mas, uno contra otro, que sean por razón de debdas, ó de posturas, ó sobre enderezamiento de tuertos, ó de daños que se ovieren fecho, ó sobre algunas cosas otras qu fuessen muebles ó rayzes, en que no cupiesse justicia de muerte ó de lisión, ambas las deve oyr el juzgador e librar en uno; assí que la boz de aquel que primero emplazó, vaya delante, e sea primero juzgada maguer que la demanda de aquel que fué primero emplazado, sea mayor. Véase *l. 32 Tit 2º y 20 Tit 4º Part. 3ª*

Ley 3ª Tit. 7º Lib. 11 Nov. Recop . . . . . pero si el reo pusiere reconvención, que el actor tenga término de nueve días para responder y poner sus excepciones, y presentar sus escrituras contra la reconvención, los cuales dichos nueve días se cuenten desde el día que le fuere notificada la tal reconvención; y el reo dentro de otros seis días primeros responda á la replicación del actor y excepciones, y presente las escrituras que tuviere para probar las replicaciones.

DERECHO ROMANO.—*Ley 11 § 1º Tit. 1º Lib. 2. D.* Sed et si mutuæ sunt actiones, et, alter minorem quæntitatem, alter majorem petat, apud eundem judicem agendum est ei qui quantitatem minorem petit: ne in potestate calumniosa adversarii mei sit et apud eundem litigare possim.

Lo cual dice: Pero si las acciones son mutuas y el uno pide menor cantidad y el otro mayor, debe litigar ante el mismo Juez aquel que pide menor cantidad, para que no esté en la potestad calumniosa de mi contrario el poder litigar ante el mismo Juez.

EXPLICACIONES

Reconvención ó mutua petición Faculta el artículo 274 al demandado para proponer demanda, á su vez, contra el actor, en el acto mismo en que él conteste la que le fué propuesta. Esta segunda demanda toma el nombre de reconvención ó mutua petición, nombre que viene de la voz latina *reconventio*, pues los romanos llamaban *conventio* á la primera demanda. Exige la disposición que se expresen con toda claridad y precisión el objeto y sus fundamentos; y que si la contra demanda versa sobre cosa distinta de la del juicio principal se determine de la manera expresada en el artículo 241, esto es, con las explicaciones que allí se dicen, según sea la cosa inmueble, semoviente etc. Por supuesto que ya no existe la necesidad de expresar nombres y apellidos y domicilio, ni la de un libelo, formal, toda vez que propuesta la reconvención en la misma contestación, pueden ser esta, y por tanto la contrademanda, escrita ó verbal.

Conveniencia de la facultad de reconvención. El fundamento de la facultad de reconvención, para traer al mismo proceso del juicio principal esa otra demanda, es según los autores, que se obtiene el beneficio de disminuir los procesos, evitando la pérdida de tiempo y de mayores gastos que resultarían de ventilarse en expedientes separados y quizás hasta en tribunales distintos, las dos demandas; así como la ventaja de facilitar la sustanciación y hasta de apreciar mejor las alegaciones de las partes por la comparación de sus derechos y de sus deudas ó créditos recíprocos. A lo que se agrega lo natur[illegible] justo que es oír las reclamaciones ó querellas del demandado contra el [illegible] allí mismo donde este ha traído las suyas.

Las partes deben ser las mismas. De ese fundamento, como del [illegible] texto de la ley, se deduce que en la reconvención las partes deben se[illegible] ticamente las mismas que en el juicio principal, sin posible variación [illegible] carácter ó calidad; de modo que ni quien es demandado en su co[illegible] personal puede reconvenir á nombre de otro, como mandatario, tutor [illegible]

cualquier manera representante de un tercero, ni el actor puede ser reconocido sino en el mismo carácter con que demandó, ni el representante de una ni otra parte en la demanda principal puede reconvenir ni ser reconocido en su carácter personal. Si así no fuera, resultarían los dos pleitos, nó entre las mismas personas, sino entre personalidades distintas.

Reconvenciones inadmisibles. Pero ese derecho de reconvención, tiene sus límites, á causa del orden público, á que ha de ceder el interés particular. Si la contrademanda versare sobre asuntos ó puntos para cuyo conocimiento carezca de jurisdicción el Juez, por razón de la materia, ó bien sobre materia cuyo procedimiento sea incompatible con el del juicio ordinario, la reconvención no puede ser admitida; y el Juez, á solicitud de parte y aun de oficio, debe declararla inadmisible. Sabido es que la incompetencia *ratione materiæ* es vicio radical que anula el procedimiento, por afectar el orden público. Y sabido es también, como lo tenemos ya visto, que la incompatibilidad de los procedimientos, no permite cumplir la ley procesal, en una y otra demanda, como lo exige el interés público. No pueden, pues, seguirse los dos juicios á la vez, y forzoso es que sea desechado el segundo, esto es, la reconvención.

Diferencia en las disposiciones legales. Hacían los Códigos de 80 y 73 diferencia entre el caso en que la reconvención versare sobre asunto relacionado con el de la demanda principal, caso en que era obligado el demandante ó su apoderado á contestar la reconvención; y el caso en que esta versare sobre materia distinta de la demanda principal, caso en el cual concedían al apoderado del actor que estuviera fuera del lugar del juicio, la facultad de solicitar término de distancia de ida y vuelta ó término extraordinario, para poder obtener instrucciones. La ley actual ha suprimido esas disposiciones. ¿Querrá eso decir que el legislador quizo negar tales concesiones, ó que creyó innecesario decirlo por deberse hacer así, en fuerza de los solos principios? Creemos esto último, por que si al apoderado se le obliga á contestar contrademanda en el caso de versar sobre la misma materia de la demanda principal, es por el principio de que la ley le supone expresado é *instruido;* y desde que la materia sea distinta, cesa la suposición de estar instruido, porque la suposición nunca puede sobre-ponerse á la realidad. Sería ya un absurdo suponerle instruido sobre un asunto ajeno del encargo que se le dió y él aceptó. Por otra parte, la citación del demandado es tan esencial para la validez de los juicios, como la proclama nuestra misma ley, que en el caso de contrademanda, que es una verdadera demanda, se supone al actor citado en la persona de su apoderado para contestar la contrademanda; pero desde luego que aquel diga que él no puede darse por citado para una materia extraña á su encargo, si nó se le concede tiempo para entenderse con su parte, el rigor de los principios, exigiría que se citase á esa parte misma, y con mayoría de razón si su poder fuese limitado á representarle en la demanda principal ¿No es más sencillo darle el tiempo que pide, que hacer una citación á la parte? Sin duda que sí.

Término para contestar. El artículo 276 fija en diez días el término para contestar la reconvención que no ha sido rechazada, y ordena que se suspenda entre tanto el procedimiento respecto de la demanda. Y tiene cuidado el legislador de declarar que si no ha querido el demandado proponer reconvención ó sí propuesta, le ha sido rechazada, no por eso pierde el derecho que le com-
ı, sino que puede intentar separadamente las acciones que le asistan; lo
' es justo, como conforme á los principios.

lo se necesita citación. Ya se habrá observado que, según los términos mis-
. de las disposiciones legales, no se necesita más citación para reconvención,
a vez que el reconvenido queda perfectamente instruido en el acto mismo
que se instaura aquella: que toca al Tribunal, como se practica, designar
hora de la décima audiencia para el acto de la contestación: que el hecho
'- ausencia del lugar del juicio de la parte misma, si por ello se hace

alguna solicitud, debe probarlo el que la hace, cuando no consta en autos; y que el apoderado del actor está obligado á responder á la reconvención, sin poder alegar insuficiencia de su poder, porque sería injusto y odioso que quien ocurre á la justicia en demanda de su derecho, contra otro, evadiera ó esquivara responder á las reclamaciones de su demandado, para discutirlas y resolverlas.

Contestación. ¿ Excepciones dilatorias? Llegado el momento de la contestación de la reconvención, se hace lo mismo que en la de toda demanda, esto es, que se dá verbalmente ó por escrito. Ya dijimos que si la reconvención es inadmisible por alguna de las dos causales señaladas por el legislador, el Juez, á solicitud de parte y aun de oficio, debe desecharla, porque es de orden é interés público. Pero nada dice la ley respecto de la facultad de oponer excepciones dilatorias ¿ qué resolver sobre esto? *Manresa* se hace cargo de esta cuestión, y la resuelve así: «Es indudable que nó, porque la ley ya no la permite en este estado del juicio; podrá alegarlas como medio de defensa contestando á la reconvención, para que se aprecien en el fallo definitivo del juicio». Confesamos que nos inclinábamos de atras á la opinión contraria; pero meditando detenidamente sobre el punto, nos hemos persuadido de que el respetable autor tiene razón. No se niega al actor el derecho de alegar lo que fuera materia de tales dilatorias, lo cual si sería injusto; sino que se le permite alegarlos en su contestación al fondo, de modo que no se le priva de ese medio de defensa. ¿ Más donde está la necesidad de oírlas y resolverlas de ante mano en una articulación especial? El curso de la demanda principal tiene que paralizarse, y el interés del actor, que es quien pudiera alegar dichas excepciones, está en que esa paralización cese cuanto antes: después, cualquiera que fuere la resolución de las excepciones, siempre tendría que continuar el curso de la demanda principal; de suerte que la paralización debida á las dilatorias, perjudicaría al actor, sin favorecer al demandado, y por el contrario con probabilidad de perjudicar á la justicia, que sin duda estará más en capacidad de resolverlas con mayor acierto en la definitiva, en vista de todos los datos acumulados en el largo debate probatorio de fondo, que con los recaudos que pudieran traerse en el breve lapso de una articulación.

Además, ya con la facultad de declarar inadmisible la reconvención, están salvados el orden é interés público, por razón de la incompetencia *ratione materiæ* y de incompatibilidad de los procedimientos; y en cuanto á la incompetencia por razón de la cuantía, sabemos desde el estudio sobre *Fuero competente* que quien propone la reconvención tiene el derecho de pedir se pasen los autos al Superior, cuando por la cuantía de aquella resulte ser á este á quien toque el conocimiento de todo el negocio.

No hay reconvención de reconvención. Acordes están los autores, así franceses como españoles, en la doctrina de no ser admisible reconvención de reconvención, como opuesto á los fines de esta; y por que sería alongar al infinito, los pleitos, admitir tal cosa, con daño de los mismos litigantes y de la administración de justicia.

Y, aunque quizás fuera de lugar, ocurre advertir que los arbitradores no pueden admitir reconvenciones, á menos que así se exprese en el compromiso; pues sus facultades nacen de la escritura compromisaria á que deben atenerse.

Conciliación. El artículo 277, preceptúa que contestada la reconvención, ha de procurar el Juez la conciliación de las partes, así respecto de la manda como de la reconvención; y que si no se lograre, sin perjuici poderlas llamar á conciliación en otra oportunidad, se siga un solo proc miento hasta la sentencia definitiva, que deberá abrazar la demanda y la convención. Los dos artículos siguientes se ocupan también de la conc ción, estableciendo lo que ha de hacerse, ya cuando no se logra, ya cua se obtiene. Ninguna dificultad presenta ese procedimiento que se practi

riamente sin tropiezo, y sólo es de notar la disposición de que la demanda principal y la reconvención corran por una misma cuerda para sentenciarse juntas; así como la de que la falta de excitación á conciliación no será motivo de reposición ni de nulidad, como se creyó en otro tiempo.

Forzoso es detenernos en la materia de la conciliación, para conocer su historia, y apreciar mejor el sistema de nuestros Códigos.

Más como los autores se ocupan ordinariamente de la compensación al tratar de la reconvención, por los puntos de contacto que con esta tiene, y por que con frecuencia tienden ambas al mismo fin de disminuir ó reducir el crédito ó la reclamación del actor, nos ocuparemos en la compensación antes de estudiar la conciliación.

Diferencias entre la reconvención y la compensación. Como son distintas por su naturaleza y por sus efectos jurídicos, señalaremos sus diferencias, lo cual bastará para poder usar la una ó la otra con mejor acierto, según convenga.

1ª. La reconvención se propone como *acción*, pues que es una verdadera demanda: la compensación como *excepción*, bien sola, bien junto con cualquiera otra.

2ª La compensación se dirije á desvirtuar la acción, á matar, digámoslo así, el crédito del demandante, para obtener la absolución de la demanda: la reconvención á conseguir la condenatoria del demandante sobre el derecho, cosa ó cantidad que el demandado le reclama á su vez, con independencia de la demanda principal.

3ª El que solo opone compensación reconoce la certeza de la demanda; no así el que usa de la reconvención, que puede al mismo tiempo negar aquella, y oponerle las excepciones que le competan.

4ª La compensación no es procedente sino cuando ambas deudas son ciertas, líquidas, y exigibles, y de una misma especie y calidad: para la reconvención no se necesitan tales condiciones, pues por ella pueden pedirse cantidades líquidas ó no líquidas, y cualquiera otra cosa diferente de la demanda principal.

5ª La compensación solo obra hasta la cantidad concurrente, de modo que si excede de lo demandado, el oponente tiene que contrademandar por el exceso, para que el Tribunal pueda condenar al reconvenido al pago de todo, ó si nó queda reservado su derecho para cobrar el exceso en juicio separado. La reconvención se admite, si es procedente, sea cual fuere la cantidad ó el valor de la cosa pedida.

6ª En la reconvención la sentencia definitiva ejecutoriada produce cosa juzgada; en la compensación no la produce sino en el caso de haberse fallado contra la legitimidad del crédito, nó cuando sólo se ha declarado no ser compensable.

7ª La reconvención no puede proponerse sino en la contestación de la demanda: la compensación, según la opinión de muchos, puede oponerse también en la ejecución.

En fin, la compensación no puede oponerse: 1º contra la restitución la cosa de que ha sido despojado injustamente el propietario: 2º contra restitución de un depósito: 3º contra la deuda de alimentos no sugetos á argo: 4º respecto de lo que se debe por contribuciones públicas á la Na- á los Estados ó á sus Secciones: 5º cuando se ha renunciado previa- e á la compensación; pero puede siempre reclamarse el respectivo dere- por reconvención ó demanda.

Conciliación. Volvamos ahora á la conciliación. Ya conocemos nuestro sistema de 1838 á acá.

Veamos el que tuvo Colombia:

Art. 3 Cap. 2º Ley de 1825. *Ninguna demanda* entre partes capaces de transigir y sobre objetos que puedan ser materia de transacción en negocios contenciosos, civiles, ó por injurias ó en causas de divorcio, *se admitirá* en los juzgados de 1a Instancia, civiles, eclesiásticos ó militares, sin que *previamente* se haya intentado el medio de la conciliación, ante uno de los Alcaldes municipales ó parroquiales.

Art. 6º Para promover la conciliación no es necesaria petición por escrito: bastará que se solicite verbalmente, en cuyo caso el Alcalde hará citar etc.

Art. 7º Si el demandado no compareciere por sí ó por apoderado con poder especial . . . . . el Alcalde dará al demandante una certificación expresiva de haberse intentado el medio de la conciliación, y de no haber tenido efecto por parte del demandado.

Art. 9º Si las partes comparecieren por sí ó por apoderado especial el Alcalde las *oirá á ambas, examinará los testigos* y documentos que presentaren, se *enterará* de las razones que le aleguen y procurará transigirlas y avenirlas entre sí, por los medios suaves de una conciliación amigable.

Art. 11º Terminado el acto de la conciliación, el Alcalde conciliador extenderá una diligencia que contenga los términos y condiciones de la avenencia, si la ha habido; y en caso contrario se extenderá una diligencia semejante, expresando no haberse convenido las partes.

Tal era el sistema de Colombia, de que nosotros nos separamos.

Historia. Expone *Caravantes* en su tratado sobre la conciliación, las *notaciones* de la legislación desde los tiempos patriarcales acerca del interés de evitar los pleitos procurando antes la conciliación: hace notar la eficacia de la intervención judicial en el avenimiento de los litigantes, desde la aparición del cristianismo, que proclamando la unión del género humano en un solo vínculo de fraternidad, por medio del perdón, del amor al prójimo y de la caridad, y empleando la persuación por la sabiduría de los consejos y la suavidad de las exhortaciones episcopales, lograba calmar las pasiones y animosidades y terminar pacíficamente las contiendas entre los fieles; é indica que, el ejemplo sublime y fecundo en resultados que presentaba la Iglesia atajando infinidad de litigios por medio de las exhortaciones judiciales, no podía menos de propagarse por todas las naciones cultas . . . . . Así vemos, dice, adoptados estos medios conciliatorios en España, Holanda, Inglaterra, Francia, Prusia, Dinamarca, Noruega y otros varios países.

No pudiendo negarse el poder ni la conveniencia de que interviniese la autoridad pública con el humanitario propósito de evitar los pleitos al comenzar, por medio de un avenimiento entre las partes, debía examinarse desde luego hasta donde pudiera llegar esa intervención en bien social y de los litigantes. ¿Podría imponerse un arreglo á aquel que se mostrase l- de á toda conciliación? Sin duda que nó; porque sería contrario al e- to que siempre ha tenido la justicia al derecho ageno, contrario á los i- cipios sobre la voluntad libre en los contratos, y contrario á los fines á las reglas de la buena administración de justicia. Si la intervención s al no podía llegar á ese extremo, de odiosa, inútil y peligrosa tiranía or fuerza debía limitarse al empleo de consejos y medios de conciliación a- ces de dar el resultado apetecido.

Sistemas. Dos sistemas se adoptaron, dice el citado *Caravantes*, en aquellas cultas naciones: el primero seguía el principio de designar por conciliador al mismo Juez que debía juzgar de la controversia, y fué adoptado en Prusia, en Ginebra, en los Países Bajos y en las Ordenanzas de Bilbao y otras antiguas leyes españolas, y es el seguido por nosotros como hemos visto: el segundo adoptó el principio de nombrar al Juez conciliador independientemente del que debía decidir la causa en juicio contencioso, y fué establecido en Francia por la Convención nacional y en España por sus constituciones de 1812 y de 1820, habiéndose iniciado según algunos escritores en Filadelfia y en Holanda, y fué el seguido por Colombia como ya vimos.

Ambos sistemas han sido combatidos por autores respetables, entre los cuales se señalan *Boncenne* y *Benthan.* Pero examinando atentamente las observaciones y reflexiones de más peso que se hacen valer, es de notar que todas se fundan en los abusos que pudieran cometer los jueces para favorecer á algunos litigantes, ó en las prevenciones que pudieran engendrar las resistencias de ellos á ceder á las persuaciones del conciliador. De suerte que el peligro y los inconvenientes que se alegan nacen del ejercicio mismo de las funciones conciliatorias, por los llamados á ejercerlas. Si así es, si el mal viene de los malos jueces, el remedio es sencillo: buscarlos buenos, aptos y probos.

Más en nuestro concepto para decidir entre los dos sistemas es preciso estudiarlos, y poner en claro sus ventajas y sus inconvenientes.

Primer sistema. El primero, que dá al mismo Juez de la causa el encargo de procurar la conciliación de las partes, al comenzar, valiéndose de los consejos y de la persuación, por medios suaves y circunspectos, que alejen toda parcialidad, es breve, sencillo y al alcance de todos: tiene la ventaja de evitar los fracasos, molestias, pérdida de tiempo y gastos de una demanda previa por conciliación ante otra autoridad de citaciones, pruebas, discusiones etc; y dá resultados felices si los jueces saben cumplir con su deber, y si los litigantes son racionales y están animados de un espíritu de moderación y de equidad para ceder cada cual de sus pretensiones y llegar á un acomodamiento.

Segundo sistema. El segundo sistema, que comete á una tercera autoridad el oir la demanda previa de conciliación, citar al demandado para que asista á conciliarse, oirlo, admitir y evacuar las pruebas de uno y otro, y oirles sus alegatos, es lento, complicado, dispendioso, para concluir, después de todo un aparato de juicio, con hacer constar que no se logró la conciliación, si el conciliador se tropieza con un par de litigantes resueltos á pleitear, ó con extender el avenimiento obtenido, que no tiene fuerza de sentencia, sino sólo de obligación pública, desde luego que no fué ante el Juez de la causa.

Las probabilidades del resultado en uno y otro sistema, dependen pués, dada en todo caso la circunspección del conciliador, cualquiera que él sea, de tropezarse ó nó con algún litigante terco, intransigente, pleitista por carácter, por hábito, ó por cualquiera pasión oculta—¿Por qué preferir entonces, el más lento y gravoso al más sencillo y barato?

Sistema de Voltaire. Por más que se siguiese el plan recomendado por *Voltaire* en la carta que cita el mismo *Caravantes* de decir á los litigantes: «is unos locos en gastar vuestro dinero en haceros mutuamente desgra-los: vamos á conciliaros sin que os cueste nada. Si el furor de litigar demasiado fuerte en los litigantes, se les cita para otro día á fin de mitigue el tiempo los síntomas de su enfermedad; después les envían á car los jueces por segunda y tercera vez, y si es incurable su locura, les permite litigar como se abandonan á la amputación de un cirujano miembros gangrenados; y entonces hace su oficio la justicia»; iríamos parar al mismo resultado, según se lidiase ó nó con litigantes sensa-

tos, desapasionados, que estudiando su bien entendido interés, oyesen las advertencias racionales en el lenguaje de la verdad y de la rectitud. Todo, lo repetimos, depende en uno y otro sistema, de la habilidad y prudencia del conciliador, y de la inteligencia, flexibilidad y rectas intenciones de las partes. Aspirar á otra cosa, es desconocer por completo á la humanidad, con sus flaquezas, sus pasiones y sus vicios.

Siempre hemos creído que al abandonar nosostros el sistema de conciliación que había adoptado Colombia, para sustituirlo con el que hemos tenido, se dió un paso adelante; y que volver atrás como creemos haberlo visto recomendado, habría sido retrogradar tristemente.

Opinión de Manresa. Confírmanos en nuestra opinión el siguiente párrafo del ilustrado *Manresa*, partidario del sistema de la legislación de su patria. « No todos los autores han estado conformes sobre este punto *(Utilidad de la conciliación)*. Algunos, y entre ellos *Jeremías Benthan*, la consideran como ineficaz y aun contraria á su objeto, á no ser en determinados casos que enumera, y cuya exposición creemos innecesaria».

« Pero á pesar de la impugnación del escritor inglés y de los que piensan como él, generalmente fué reconocida la conveniencia de los medios conciliatorios. No hemos de repetir, por sabidos, los términos en que Mr. *Dalloz* elogiaba en su *Repertorio de Jurisprudencia* las ventajas de la conciliación, que calificaba de idea feliz y seductora; pero es lo cierto que á pesar de los principios filosóficos que la aconsejaran, *no ha correspondido en la práctica á las esperanzas* que hicieron concebir al establecimiento de esta institución, estando reducida hoy á una *mera formalidad previa*, y *osiosa en muchos casos*, intentada por el actor, más que con el objeto de conciliarse, con el de ser admitido á juicio.»

Opinión de Boitard. Oigámos ahora al respetable *Boitard* en sus *Lecciones de procedimiento civil*, tratando de la conciliacion: « La idea de un tribunal de paz destinado á detener á los litigantes á las puertas del palacio de justicia, para recordarles aun esta vieja máxima, *más vale una mala transacción que un buen pleito*, es una de aquellas en las cuales los resultados de la experiencia no han estado siempre de acuerdo con las brillantes promesas de la teoría. » Después de recordar la historia de la institución y las dificultades de su aplicación, dice lo siguiente: « Estos inconvenientes de aplicación influyeron sin duda en el voto de los Tribunales de apelación, que, cuando la redación del Código de procedimiento, desconociendo lo que la institución misma presentaba de moral y útil, reclamaron casi unánimemente la supresión completa de la tentativa de conciliación. Con todo, los redactores del Código de procedimiento no siguieron ese parecer, y mantuvieron el ensayo previo de consiliación, pero admitiendo numerosas restricciones.»

A presencia de tan triste resultado del sistema de jueces conciliadores especiales, y de esos embarazos é inútiles juicios previos de conciliación, y á la voz de tan respetables escritores que reconocen todos sus defectos é inutilidad práctica, ¿habría sido aceptable que volviéramos nosotros á él, abandonando el nuestro, tan sencillo y excento de incomodidades, dilaciones y gastos, sin estorbos para el curso de los asuntos?

Sistema moderno alemán. Pero la legislación, lejos de retroceder, ha avanzado en este punto. Veamos el artículo 268 del Código moderno de procedimiento alemán. Dice así: « El Tribunal puede, en cualquiera estado de la causa, ensayar el conciliar á los litigantes sobre todo ó alguna p del proceso, ó enviarlas ante un Juez comisionado ó requerido para la tativa de conciliación.» « La comparecencia personal de las partes pued ordenada en esta tentativa de conciliación.» Por esas dispociciones que el legislador alemán no impone ya la intervención forzosa de ces para procurar la conciliación de las partes, y que tampoco fija oportunidad el principio del pleito; á la vez que desecha el aparato de

para esa tentativa, que puede ser ante el mismo Juez ú otro comisionado ó requerido al efecto, y sobre el todo ó alguna parte del proceso. De ese modo se deja al prudente arbitrio del Juez obrar según las circunstancias, y en la ocasión que estime más conveniente, conservando hasta donde es posible el respeto al sentimiento humanitario de procurar la conciliación, sin dilaciones, complicaciones ni mayores gastos.

Sistema italiano. Al mismo tiempo se observa que el Código moderno de procedimiento italiano ha dejado la conciliación como meramente facultativa, sin que puedan los conciliadores ensayar el procurarla sino en el caso de ser requeridos, y nunca como obligatoria la tentativa del Juez. Así quedó abandonado en ese país de los adelantos de la ciencia del derecho, el sistema de trabas inútiles y obstáculos previos, conservando no obstante la posibilidad del ensayo conciliatorio cuando las circustancias lo requieran.

Nuestra última reforma. En las últimas reformas de nuestro Código han sido atendidos esos adelantos en la institución, manteniendo en los artículos 277, 278 y 279 la exitación del Juez á las partes á conciliarse antes de emprender el litigio, pero nó como formalidad esencial cuyo olvido amerite nulidad ni reposición; y dando en los artículos 22 y 23 á los jueces de 1ª Instancia las facultades de llamarlas á conciliación en cualquiera oportunidad, sobre el todo ó parte ó sobre algún incidente aun de procedimiento, y á las partes mismas el derecho de suspender por tiempo limitado el curso del pleito, en beneficio de alguna transacción proyectada. De ese modo no se desatiende el sentimiento humanitario que enjendró la institución, y se dá á la justicia cierta iniciativa hasta donde y cuando puede ser provechosa, sin dilación ni trabas onerosas, casi siempre superfluas. Organizada como queda la institución, sobradas oportunidades tendrán los litigantes cuerdos, capaces de sacrificar algo de sus pretensiones, para llegar á acomodamientos racionales y equitativos, á la vez qne los jueces las tendrían también para advertirles los riesgos de la lucha y exitarlos á la conciliación, en beneficio de la paz entre los asociados y sin sacrificios aventurados de las fortunas.

Para terminar debemos advertir que nuestro Código Civil contiene un tratado especial sobre la *Transacción*, cuyas disposiciones abrazan no solo la conciliación ó sea el avenimiento en un procedimiento ya indiciado, sino aun fuera de juicio en previsión de algun futuro pleito, ó para el arreglo de alguna dificultad; así como este mismo Código de procedimiento en el Título X del lib. 1º., tiene otro tratado especial sobre *Conciliación*, que comprende en sus disposiciones asi las hechas á exitación del Juez como las verificadas por movimiento espontáneo de las partes. En nuestro sentir, los preceptos establecidos en unas y otras como en las de *Mandato* en cuanto comprenden los requisitos y cualidades para la validez de la conciliación, deben ser observados siempre, aun cuando esta sea el resultado de una exitación judicial.

---

§ 5°

Citación de Saneamiento y de garantía.

---

rt 280. En los casos de saneamiento ó de garantía, tan- demandante como el demandado podran pedir en el acto de testación la citación del que deba sanear ó garantir, y el a mandará practicar inmediatamente; pero no se suspende- curso de la causa sino cuando haya prueba auténtica,

bien directamente de la obligación de sanear ó garantir, ó bien del acto de que se desprenda por derecho tal obligación.

Art. 281 La citación de saneamiento ó de garantía se hará para comparecer en el término de la distancia y tres días más. Si el citado no compareciere el día y la hora designados, se procederá respecto de al conforme al artículo 285 en lo relativo á la cita de saneamiento ó garantía. Si compareciere, y pidiere que sea citado otra persona, produciendo documento que haga suspender el curso de la causa, según el artículo anterior, se practicará la citación en los mismos términos, y así cuantas ocurran; con tal que el término de la suspensión de la causa por todas las peticiones de este género no exceda de sesenta días. Vencido este plazo, continuará el procedimiento, sin perjuicio de hacer efectiva, con arreglo á derecho, la responsabilidad de cualesquiera otros que deban sanear ó garantir también los derechos que á estos competan.

Art. 282. Compareciendo cada citado de saneamiento ó garantía en su respectiva oportunidad, haya ó no haya habido suspensión del curso de la demanda, podrá oponer las excepciones dilatorias ó perentorias que le favorezcan y promover pruebas dentro de los términos legales correspondientes á las cuestiones á que dé origen la contestación; y no se procederá á fallar la causa sino después que haya expirado el lapso probatorio concedido al citado, á fin de que la sentencia comprenda á todos los interesados. Pero si la oportunidad de la comparecencia del último citado, debiere ser el día en que haya comenzado la relación de la causa, ó posterior, no podrá oírse su contestación, y quedarán á salvo los derechos que correspondan.

ESTUDIO 88.

Derecho Pátrio.—Los tres artículos que vamos á estudiar son los 197, 198 y 199 del Código de 80, y 194, 195 y 196 del de 73. Vienen estos artículos de los *6, 7, y 8 Tit. 1º Ley 3ª del Código de 38*, que contienen idéntica doctrina.

Derecho Español.—*Ley 32, Til. 5º Part. 5.* Quita é libre de todo embargo debe ser entregada la cosa vendida al comprador, de manera que si otro alguno gela quissiere embargar ó moverle pleyto sobre ella gela deve fazer sana. Pero luego quel movieren ende pleyto tenido en el comprador de fazer lo saber al que gela vendió, ó á lo más tarde antes que sean abiertos los testigos que fueren aduchos sobre aquella cosa en juizio contra él. E si uno assí non lo fixiese saber al vendedor, si después fuesse vencido en juzio, non podría demandar el precio á aquel que gelo vendió, nin ó sus herederos. Mas si gelo fixiesse saber é non quisiesse el vendedor amparar al comprador ó non lo puede defender á derecho, entonce el vendedor tenudo es de tornar le el precio que dél recibió por aquella cosa que le vendio, con todos sus daños e los menoscabos que le vinieron por esta razón. E si por aventura

DERECHO ROMANO.—Ut evieta res stipulationen evictionis conmittat, oportet emptorem controversiam, quæ super re empta ipsi facta est, venditori denumtiavisse. *L. XXVIII § 5 tit 2 lib. 21 D.*

Quolibet tempore venditori denuntiare potest de ea re agenda adssit, quiá nón prepisitur certum tempus in ea stipulatione; dunc tamen ne prope ipsam condenationem id fiat. *L. XXX id D.*

Mota quœstione, interin non ad pretium restituendum, sed ad res defendendum venditor conveniri potest *L. LXXIV § 2 Tit 2 L. 21. D.*

Textos que dicen: Para que la estipulación de la eviccion sea efectiva es preciso que el comprador haya denunciado al vendedor la contestación sobrevenida con relación á la cosa vendida.

Se puede en todo tiempo denunciar esta acción al vendedor para que venga á la defensa; porque en esta estipulación no hay tiempo determinado; pero sinembargo esa denuncia no debe ser hecha en la víspera de la condenación.

Si se suscita pleito se puede reconvenir al vendedor para que defienda la cosa, pero no para que restituya el precio.

EXPLICACIONES

La citación de saneamiento ó garantía. Las disposiciones de los tres artículos á que nos contraemos nos presentan otro medio de defensa, por una demanda incidental, que debe también usarse necesariamente en el acto de la contestación á la demanda principal; tal es la citación de saneamiento ó garantía. Concurre así mismo, á juicio del legislador, la doble conveniencia de la justicia y de las partes, en que los garantes que puedan hacerse venir oportunamente al juicio principal, sean llamados y oídos, para que, teniendo en cuenta cuanto se alegue en el asunto, se resuelva este para todos los interesados, sin necesidad de tantos procesos separados.

Disposiciones sustantivas. La legislación sustantiva ha consagrado en todos tiempos la obligación de hacer sana la cosa que se vende, y garantizar la verdad de los créditos y derechos que se ceden, generalmente en los contratos onerosos.

El artículo 1431 y varios otros del Código Civil consagran la obligación del saneamiento y el 1499 del mismo la obligación de la garantía en la cesión de créditos y otros derechos. A ambas obligaciones llaman los franceses garantía, diferenciándola con el calificativo de *formal* cuando se refiere al saneamiento, y de *simple* en los demás casos. Ahora, este Código de Procedimiento que estudiamos, completa la materia, reglando la manera de usar de tales derechos, cuando hay ya iniciado proceso. Y aunque ese procedimiento no es complicado, merece estudiarse con atención.

Debe pedirse en el acto de contestación. En los casos de saneamiento ó de garantía, dice el artículo 280, tanto el demandante como el demandado podrán pedir en el acto de la contestación la citación del que deba sanear ó garantir. Por las disposiciones citadas del Código Civil sabemos los casos en : se tiene el derecho de llamar al vendedor ó garante para que venga á dedernos ó á responder de las consecuencias. Ordinariamente el demandado quien se pretende reivindicar la cosa ó derecho real que posee, es el llado á citar á su vendedor para el saneamiento, ó el demandado por una igación personal que toca cumplir ó garantizar á un tercero, quien está en caso de citar de garantía á este. Más como puede suceder que al actor la contestación de la demanda le niegue ó contradiga el demandado la piedad de la cosa ó la verdad del crédito ó derecho traspasado, dá tam- la ley derecho á ese actor para llamar, cuando tal suceda, de sa-

neamiento á su vendedor, ó de garantía á su cedente, en el acto mismo de la contestación. Es esa la oportunidad para ambos, ya porque así lo preceptúa fundadamente el legislador, ya para no quedar expuestos, á que el obligado les sostenga después haber cesado su obligación, de conformidad con el artículo 1463 del mencionado Código.

Competencia. Cuestiones. Agrega el artículo «y el Juez la mandará practicar (la citación) inmediatamente.» Pero ocurre preguntar aquí, si el Juez de la causa principal es en todo caso competente para la demanda de saneamiento ó garantía. La doctrina de los maestros es en favor de la competencia, á *menos que resulte incompetente ratione materiæ* para conocer de la cuestión que nace de la citación de garantía. Argúyese que una sentencia de la Corte de Casación francesa de 3 de Mayo de 1843, citada por *Riviere* en nota al artículo 175 Código de Procedimiento, estableció que el garante puede ser citado ante el Tribunal civil de la demanda principal, aunque la cuestión de garantía sea comercial por su naturaleza; y por otra de 1809 había establecido que en materia mercantil, como en materia civil, el Juez de la causa principal lo es de la acción en garantía. No obstante, según otros fallos citados por el mismo *Riviere* y por *Rogron* en nota á dicho artículo, el garante que no es comerciante ni ha ejecutado acto de comercio, no puede ser citado en garantía ante el Tribunal de comercio que conoce de la demanda principal.

Ha de tenerse presente que según los autores franceses es la doctrina allí seguida: «que los tribunales civiles tienen la plenitud de la jurisdicción y que los tribunales de comercio no tienen, al contrario, sino una jurisdicción excepcional; de lo cual resulta que los tribunales civiles no son de manera absoluta incompetentes para conocer de las dificultades que entran en la jurisdicción de los tribunales de comercio; y que, si en el proceso sometido á los tribunales civiles, las partes no proponen la incompetencia de estos tribunales, no deben declararse de oficio, incompetentes para pasar el conocimiento del litigio á los tribunales de comercio.» Como nosotros tenemos el mismo principio de que la incompetencia *ratione materiæ* es de orden público, pero también la declaratoria del artículo 903 del Codigo de Comercio de que la jurisdicción comercial es plena en los asuntos en que la ley le atribuye, á la vez que es tan diferente en uno y otro país la organización de la justicia en sus diferentes ramos, no podemos atenernos á ojos cerrados á las doctrinas de aquellos maestros y de aquellos tribunales, y es difícil establecer una teoría general. La materia es delicada, y no tratada por nuestro *Sanajo*, ni habiendo ninguna sentencia dictada hasta hoy, que sepamos, no queda otro camino seguro que estudiar de acuerdo con los principios, y con nuestras especialidades, cada caso práctico para resolverlo con acierto.

No puede el Juez negar la citación. Ocurre también preguntar en este lugar, si al Juez le es permitido negar la citación de saneamiento ó garantía, cuando en el documento producido aparece haberse pactado que el vendedor quede libre del saneamiento, ó en algún otro caso. Pensamos que el Juez no tiene tal facultad; porque la citación de garantía es una demanda tal, y no puede el Juez juzgar de ella anticipadamente para desecharla ni aun cuando *prima facie* la encuentre errónea y absurda; porque desde que expresamente le manda la ley hacer la citación, claro es que excluye la inadmisibilidad; y porque toda vez que según los artículos 1451 y 1452 del Código Civil, aun estando pactada la exoneración del saneamiento, hay casos en no obstante, pueden quedarle responsabilidades al vendedor, se hace nec rio oír á las partes y dejar que fijen ellas las cuestiones que han de deb se para decidir en definitiva. El Juez debe por tanto, en todo caso, m practicar la citación pedida, preséntese ó nó documento y sean cuales l los términos del que se produzca respecto de la obligación de saneami garantía.

Proceder en las citaciones. Para mayor claridad sigamos ahora el

las citaciones, dejando para después, la suspensión ó nó del curso de la causa. Si el citado comparece y pidiere que sea citada de saneamiento ó garantía otra persona, se practicará la citación en los mismos términos de la anterior, y así cuantas ocurran. De suerte que puedan ser llamados al juicio por saneamiento ó garantía, un tercero, un cuarto, un quinto etc, sin tener para mandarlos á citar, que atender á si se ha producido ó nó documento, ni lo que en él conste, si se ha producido. Pero esa facultad no es ilimitada, toda vez que el artículo 281 le pone término diciendo: «que si la oportunidad de la comparecencia del último citado debiera ser en el día en que haya comenzado la relación de la causa ó posterior, no podrá oirse su contestación, y quedarán á salvo los derechos.» Allí se termina y cierra el período de las citaciones de saneamiento.

Suspensión. Veamos ahora como llega el procedimiento á ese estado. La parte que cita de saneamiento ó garantía y todos los citados que van compareciendo y citando á otros á su vez, tienen el derecho de pedir la sus pensión del curso de la causa solo en el caso de que el peticionario presente prueba auténtica, bien directamente de la obligación de sanear ó garantír, ó bien del acto de que se desprenda por derecho tal obligación. De modo que el curso de la causa se irá suspendiendo ó nó, según se produzca ó nó prueba auténtica de la obligación. Pero esas suspensiones no son tampoco indefinidas: la ley les pone límites diciendo: «con tal que el término de la suspensión de la causa por todas las peticiones de este género no exeda de sesenta días.» Cumplido este lapso, que es de suspensión definida, sigue el curso de la causa sin necesidad de notificación á nadie, y las citaciones de saneamiento que ocurran después, se mandan practicar sin interrumpir el curso de la causa. Hay, pues, que llevar la cuenta exacta de las suspensiones para saber cuando sigue cursando la causa, y para estar siempre en conocimiento del vencimiento de los términos. Y es mayor esa necesidad cuando por acaso se pidan dos suspensiones, como ha sucedido, la de las cita de saneamento y la de las citaciones de los herederos de una parte que murió, por lo cual se paralizó el juicio mientras se citaban. En este caso hay que poner mucho cuidado para evitar errores en uno y otro cálculo, que pueden ser fatales.

Término de comparecencia. La citación de saneamiento se hace para comparecer á la tercera audiencia más la distancia; practicándose como toda diligencia de ese género con copia de la demanda principal y de la contestación ó contestaciones en que se hayan hecho las citas de saneamiento ó garantía, con la orden de comparecencia al pié.

Si falta el citado. Si el citado no compareciere el día y á la hora designada, se procedera respecto de él, de la misma manera prevenida en el artículo 285 para cuando falta el demandado; pero sólo en lo relativo al saneamiento ó garantía, nó en cuanto á la demanda principal.

Excepciones que pueden oponerse. Compareciendo dice el artículo 282, cada citado en su respectiva oportunidad, haya ó no habido suspensión del curso de la demanda, podrá oponer las excepciones dilatorias ó perentorias que le favorezcan, y promover pruebas dentro de los términos legales correspondientes á las cuestiones á que dé origen la contestación. Detengámonos un momento. ¿Por qué no habla el artículo de excepciones de inadmisibilidad ú otras previas? Porque desde que la ley manda expresamente hacer en esa ortunidad las citas de saneamiento ó garantía, es improcedente la inadmisibi- d así como la incompatibilidad de procedimiento. Es puramente el cumpli- nto de la ley. ¿Y porqué excepciones dilatorias y á cuál demanda? A la saneamiento ó garantía, por ser una demanda nueva contra tercero que ie ahora al juicio y el cual tiene derecho á todas las defensas que la proporciona á cada demandado respecto de su demandante; pero nó res- :o de la demanda principal, en cuanto á la cual puede hacerse parte en sa de su citante, oponiendo á aquella cuanto crea conducente, incluso lo

que pueda ser materia de excepciones dilatorias, más estas nó con ese carácter. Y ello, porque respecto del actor principal pasó la oportunidad de oponerle excepciones dilatorias, y el citado de saneamiento ó garantía tiene que tomar la causa en el estado á que ha llegado en virtud de un procedimiento regular, viniendo él á ser en verdad una segunda persona defensora del demandado. Sería un absurdo que cada citado de saneamiento ó garantía pudiese oponer al actor principal excepciones dilatorias, y se repitiesen así los períodos de semejantes incidencias, y hasta quizás las mismas cuestiones en daño de la propia administración de justicia. Basta al citado la amplia posición en que le deja la ley, de limitarse, si quiere, á contradecir y pelear su obligación de senear ó garantir; de convenir en ella, y hacerse parte en el juicio principal y alegar contra el fondo de ella cuanto crea conveniente; y aun de contradecir el saneamiento ó garantía, y para todo caso contradecir también la demanda principal.

Pruebas. Puede cada demandado promover pruebas dentro de los términos legales correspondientes á las cuestiones á que dé origen su contestación, dice el artículo. ¿Qué términos legales y qué cuestiones son esas, y cuándo se abren aquellos? Esos terminos, como ya sabemos, son de ocho días de audiencia para las excepciones dilatorias y de treinta para las de fondo. Y las cuestiones serán las que nazcan de la contestación que se ha dado, á cuya materia se han de contraer las pruebas, y nó á otra cosa: así, á la dilatoria esta ó aquella opuesta; á los hechos alegados para combatir la obligación de sanear ó garantír, si á ello se limitó; y á los hechos opuestos á la demanda principal, si tal fué el caso. Por supuesto, cuando hay excepciones dilatorias se sustancian y deciden primero teniendo todo lo demás en suspenso; y no habiéndolas, ó si han sido desechadas, entra entonces el lapso probatorio para el fondo, pero nó después de cada contestación, sino después que quedó cerrado el período de las citas de saneamiento, bien por que no hubo más, bien porque venciéronse los sesenta días. Entonces se abre el término probatorio para todos los que son partes, á que se van agregando los de los que vienen después oportunamente, y al vencimiento del último se procede á ver y fallar la causa para comprender en el fallo á todos los interesados.

Día de vista. La ley agrega «pero si la comparecencia del último citado debiere ser el día en que haya comenzado la relación de la causa ó posterior no podrá oirse su contestación.» Eso se comprende bién: el llegado tarde no tiene entrada en el proceso; y sus derechos como los de quien le citó, quedan á salvo. ¿Más si el día de contestación del último venido cae uno, dos, tres días ó más antes de la relación de le causa, cómo se procede? El acto de contestación ha de tener lugar, puesto que aun es tiempo hábil, y si nó contesta el citado le dan por confeso. ¿Y si opone excepciones, qué suerte corren? Si sigue marchando el asunto á su estado de vista como venía, se le privaría del término probatorio; y si se le conceden los términos á que dan lugar las excepciones, se interrumpiría aquel curso. ¿Que hacer en tal con flito.?

Conflicto. Por una parte dice el artículo 281. «*Con tal* que el término de la suspensión de la causa *por todas las peticiones de este género no exceda de sesenta días. Vencido este plazo, continuará el procedimiento, sin perjuicio* de hacerse efectiva, con arreglo á derecho, la responsabilidad de cualesquiera otros que deban sanear y garantir también y de los derechos que á estos competan». Por otra dice el 282 «compareciendo cada citado de saneamiento en su *respectiva oportunidad,* haya ó no habido suspensión del curso de la demanda, *podrá oponer las excepciones* dilatorias ó perentorias que le favarezcan y *promover pruebas* dentro de los términos legales correspondientes á las cuestiones á que dé origen la contestación; *no procediéndose á fallar* la causa *después* que haya *expirado* el lapso probatorio concedido al citado . .

Opiniones de Sanojo. Hablando nuestro *Sanojo* de la parte copiada el artículo 281 dice. Nº 313 «Así es que no pocas veces se sentenciará la causa sin audiencia del que está obligado á sanear; y queda sin embargo el

deber de hacerlo. Parece á primera vista que en esto hay algo de injusticia - pero si bien se examina el asunto, esta idea desaparece. Queda efectivamen; te obligado aquel individuo á indemnizar al demandado, si este ha perdido el pleito ; pero *no por eso puede* decirse que se le *condena sin audiencia*. En primer lugar tiene derecho ó seguir pleito con el que le reclama la indemnización, con el fin de probarle etc. Puede además demandar al que en el primer juicio consiguió que declarasen de su propiedad la cosa litigiosa, pues la sentencia que este declaró en nada le daña, *puesto que* se dió *sin su audiencia.*» Encontramos todo eso falto de precisión y claridad y hasta contradictorio.

Luego refiriéndose el mismo autor á la doctrina del artículo *282*, dice. «Caso de comparecer después del término de la distancia y tres días más, á contar desde que se haya verificado la citación ó sí *de cualquier modo ocurre* el día fijado para hacer la relación de la causa en adelante, podrá hacerse parte é intervenir como tal en el juicio; *pero tomándolo en el estado en que lo encuentre. Entonces no podrá oponer excepciones* dilatorias ni perentorias, ni pedir términos para pruebas . . . » Esta doctrina resultaría contraria á la parte final de nuestro aludido artículo *282* ; pero debe advertirse que en el Código que comenta *Sanojo*, no existía esta última disposición ; por lo cual ese comentario no es aplicable hoy.

Nuestras ideas. Vamos ahora á fijar nuestras ideas en la materia.

1ª El propósito claro de la ley es que vengan al juicio principal todas las demandas accesorias por saneamiento ó garantía que puedan entrar en los límites que la misma ley fija, para que sin hacerse eternos los pleitos, se decidan por una misma sentencia la demauda principal y esas accesorias.

2ª Los llamamientos por saneamiento ó garantía se hacen por las partes en el acto de la contestación de la demanda principal, y después, en el acto de cada contestación de la cita de saneamiento ó garantía ; para la cual el Juez debe mandar citar al llamado ; pero si la última de aquellas contestaciones recae el día mismo en que se comience á ver la causa, para sentencia definitiva, ó después, esa contestación no puede ya oírse, y no puede haber entrada á otras citas de saneamiento ó garantía.

3ª Al acordar el Juez la citación de esta especie, suspende, si se le pide, el curso de la causa, solo cuando la petición se funda en documento auténtico; pero cuando el término de esas suspensiones llegue á sesenta días, no se puede acordar ya nueva suspensión, aunque se acuerde la citación de saneamiento.

4ª Siendo así que esos llamados y citaciones de saneamiento ó garantía pueden hacerse desde el acto de la contestación de la demanda hasta el día de la vista para definitiva, resulta que unas pueden tener lugar dentro de los sesenta días de la suspensión, y otras en el tiempo trascurrido desde el término de la suspensión, hasta la vista.

5ª Como cada citado tiene que comparecer á contestar oportunamente, so pena de rebeldía en el juicio de saneamiento ó garantía, tiene derecho á oponer excepciones dilatorias, primero, y si hay lugar, á perentorias después, y á que se les acuerden los lapsos probatorios correspondientes.

6ª Como después de agotados los sesenta días de suspensión, siguen cur- [illegible] la causa principal y las accesorias de saneamento ó garantía que van [illegible]ndo á su vez en el estado probatorio, esos diversos términos probatorios [illegible]ondo se van confundiendo y empatando, de modo que cada saneador ó [illegible]ante vaya gozando de su correspondiente lapso, hasta que fenezca el último [illegible]nino concedido al último saneador ó garante que vino : entonces es que [illegible]de procederse á ver definitivamente y sentenciar el todo, demanda principal [illegible]ndas accesorias.

Puesto que el término probatorio concedido á todo citado de sanea-

miento ó garantía que haya contradicho la demanda principal, tiene que ser común para él y el actor, á fin de que puedan debatir las pruebas respectivas entre los dos, resulta que el actor es parte en todos los lapsos probatorios que estén en ese caso; mientras que todos los que han venido á defenderse unos á otros y al demandado contradiciendo la demanda principal, tienen una defensa común respecto de aquel.

8ª Según lo expuesto, ninguno de los citados de saneamiento ó garantía cuyo acto de contestación fué oportuno, es juzgado sin audiencia y sin pruebas, y la sentencia puede comprenderlos á todos en buen derecho.

Y solo aquellos cuyo acto de contestación no pudo efectuarse por inoportuno, ó que no pudo ser citado para el juicio, queda excluido de este, y sus derechos y obligaciones, como los de quien los llamó ó nó tuvo oportunidad de llamarlo, á salvo para debatirlos después en juicio separado.

---

§

Petición de término extraordinario de pruebas

Artículo 283. La parte que aspirare á que se le conceda término extraordinario para evacuar pruebas en lugares que disten del del juicio más de dos mil kilómetros, deberá hacer su solicitud necesariamente en el acto de la contestación de la demanda, y presentar las pruebas ó recaudos en que se apoya la solicitud. La parte contraria manifestará si se opone ó nó á la concesión. Y el Tribunal se limitará á declarar que la petición se ha hecho oportunamente; y se reservará proveer lo conducente después de promovida la prueba, de conformidad con las disposiciones del caso.

ESTUDIO 89.

ANTECEDENTES.

Derecho Patrio.—El artículo que vamos á estudiar es parte del 204. del Cod. de 80 y 201 del de 73. Su antecedente se encuentra en parte del *art. 29 ley 4 tit. 1. del de 38* que decía: «No se concederá el término para hacer pruebas fuera del territorio de la República si nó se solicitare en el mismo acto de la contestación de la demanda . . . . . .»

Derecho Español.—*L. 1 tit. X lib. 11 Nov. Recop.* Mandamos que concluso el pleito, los del nuestro concejo y Oidores de las nuestras audiencias, den sentencia en que reciban las partes á prueba sobre todo lo por ellas dicho y alegado; y que las partes juren de calumnia; y que el término que se asignan por la dicha sentencia sea el siguiente: que si fuere en las ciudades y villas de aquende los puertos, sea término de ochenta días, y allende los puertos, sea término ciento veinte días, para probar y haber probanza para presentar la probanza: y los de nuestro Consejo ó el Presidente y Oidores ante quien la causa pendiere, puedan abreviar los dichos términos y cada uno de ellos, acatada la calidad de la causa, y personas y caudal, y distancia de los lugares donde se han de hacer las probanzas; y no los puedan alargar . . . . . .

EXPLICACIONES

Sistema anterior. Por nuestro sistema anterior, que venía del derecho antiguo español, el término de pruebas se dividía en *término ordinario* y término *ultramarino*: el primero se concedía para toda la prueba que debiera evacuarse dentro del territorio patrio; y el segundo para aquellos cuya evacuación debiera tener lugar más allá de los mares, ó más propiamente en el extranjero. El primero era en España de ochenta días, que se redujo entre nosotros á treinta más la distancia; el otro era más largo. Y como tenemos en las Antillas lugares extranjeros más cercanos de nosotros, que lo que están entre sí, muchos de nuestro propio territorio, se palpaban á veces inconveniencias chocantes en uno y otro caso, y hasta mayores dificultades y dilaciones en el interior, que en el exterior. Esto aconsejó al legislador seguir como regla única la distancia, entre los lugares donde debiera efectuarse la prueba, sin tener en cuenta para el efecto, que fuese nacional ó extranjero el donde debiera actuarse. Como nuestros puntos más extremos están todos dentro de dos mil kilómetros, se adoptó esta base para el término ordinario, exigiéndose una concesión especial para los lugares más distantes, ó sea para el término extraordinario.

Cuando ha de pedirse el lapso extraordinario. Es á ese lapso á que se refiere el artículo 283, el cual dispone que para poder llegar á obtenerlo la parte que lo necesitare, deberá hacer solicitud, necesariamente en el mismo acto de la contestación de la demanda, y presentar las pruebas ó recaudos que apoyan la solicitud. La parte contraria manifiesta si se opone ó nó á la concesión; y el Tribunal se limitará á declarar que la solicitud se ha hecho oportunamente, y se reservará proveer lo conducente después de promovida la prueba.

Cuando se resolvía. Antes de la última reforma no se trataba el punto en dos oportunidades distintas, sino que se pedía la concesión, se documentaba del todo, y se resolvía en el mismo acto de la contestación, cuando aun no había llegado el momento de promoción de la prueba. La división actual está más justificada: en el acto de contestación se presentan los recaudos principales, se oye al contrario, y no pasa el Tribunal de hacer constar la oportunidad de la solicitud, la conformidad ó nó de la otra parte y la reserva de proveer cuando la prueba se promueve y se presentan los datos que justifiquen la necesidad ó conveniencia de la prueba extraordinaria y de la posibilidad de su evacuación. Al estudiar el artículo 292 y siguientes nos extenderemos sobre la materia.

---

§ 7º

Terminación del acto.

Art. 284. Por el fallecimiento de la persona emplazada para ...is contestación, antes del día fijado ó en el acto mismo, deá suspenderse la actuación y se hará nuevo emplazamiento ...os herederos.

Art. 285. Faltando el demandado al emplazamiento, ó si el pretende representarle lo hiciere con poder insuficiente ó sin formalidades debidas, ó sin tener representación legítima, se

le tendrá por confeso al demandado, en cuanto no sea contraria á derecho la petición del demandante, si en el término probatorio nada prueba que le favorezca. Si el que faltare fuere el demandante, se le admitirá al demandado su contestación ó se le oirán sus excepciones previas ó dilatorias, conforme al artículo 251. Faltando ambas partes, se suspenderá el procedimiento hasta que el demandante vuelva á solicitar la citación del demandado.

Art. 286. Terminado el acto de contestación no podrán admitirse después ni las excepciones ni la contestación á la demanda, ni las citas de saneamiento ó garantía, ni la solicitud de término extraordinario de pruebas, de que trata el presente título.

ESTUDIO 90.

ANTECEDENTES

Derecho Patrio.—El artículo 284 es el 200 del Código de 80, y 197 del de 73; siendo el mismo artículo 10. Ley 3ª Tit. 1º Código de 38.

El 285 es el 201 del de 80 y 198 del de 73, y viene del artículo 12 ley 3ª Título Código de 38, que tenía dos actos para la litis contestación; pues si faltaba el demandado al primero, se le imponía una multa de seis pesos y se difería el acto para el sexto día á la misma hora, volviendo á imponerle la multa si faltaba otra vez, y dándole por confeso: en lo demás eran las mismas disposiciones, pero imponiendole la multa á cualquier de los dos que faltase. Había otro artículo, el 13, que mandaba diferir el acto y suspender la multa cuando se comprobaba causal legítima para la no comparecencia.

Derecho Español.—*L. 8 tit 7. Part. 3ª.* Otrosi dirimos que todo ome que fuere emplazado á querella de otro que venga á fazer derecho ante su Juez, que es puesto en las ciudades ó en las Villas, y si non viniere al plazo, ó non enviare ome que razone por él ó si él se fuere sin mandado del judgador, que peche por pena al Alcalde medio maravedí y otro medio á su contendor. Essa misma pena deve aver el que le fiziere emplazar si non viniere, ó non embiare su personero al plazo, como deve. *L. 4º Tit. 4. Lib. 11 Nov. Recop.*

Derecho Romano.—*L. 2 tit 4º Lib. II. D.* Si quis in jus vocatus non ierit, ex causa à competenti judici multa pro jurisdictione judicis dannabitur; rusticitati enim hominis parcendum erit. Ydem sî nihit intersit actoris, eo tempore in jus adveriarium venissse, remitit prætor pænam: puta quia feriatus dies fuit.

Si el que fuere llamado al juicio no se presenta, será multado por el Juez competente, habiendo causa para ello, según su jurisdicción; pero debe excusar la rusticidad del citado. También remite el Pretor la pena, si nada importa al actor que el contrario no haya comparecido al tiempo señalado, como si fuere día feriado.

EXPLICACIONES.

Citación en caso de muerte. El artículo 284 es concordante con el que declara la cesación de la representación, por la muerte del litigant manda suspender el curso de la causa mientras son citados los herede

La razón es la misma: la citación ha de ser personal para el

Emplazado ya el demandado para contestar la demanda, si fallece antes del momento de dar contestación, no es posible tenerle como rebelde, ni tener como tales á sus herederos, que pueden estar ausentes del país y que aun estando presentes, no hay razón para considerarlos concedores de la existencia del pleito. Los principios y la sana razón, demandan, pues, la suspensión, mientras se cita á la sucesión, cualquiera que sea.

Obligación de ambas partes de concurrir. En cuanto al artículo 285, por la claridad del modo de proceder que establece, y por lo que llevamos dicho, vemos; que tanto el actor como el demandado deben concurrir al acto de contestación: que si ambos comparecen, cada cual puede usar de los derechos que respectivamente les acuerdan las disposiciones que hemos examinado; que si el demandante no comparece y sí el demandado, este puede usar de su derecho como si aquel estuviere presente; que si concurre el demandante y no el demandado, ni nadie por este, se tendrá por confeso al no compareciente en cuanto no sea contraria á derecho la petición del demandante, si en el término probatorio nada prueba que lo favorezca, y que si faltan ambas partes, se suspende el procedimiento hasta que vuelva el actor á solicitar la citación del reo.

Asistencia por medio de otro. Puede faltar alguna de las dos partes, pero concurrir por ella un apoderado ó representante legal, y entonces está presente por medio de este. Solo se tendrá como no asistente al demandado, cuando falta él mismo y no comparecen por él, ni su apoderado con poder bueno y bastante, ni su representante legal, ni quien preste por él caución. Si viene apoderado, debe traer poder que no tenga vicio esencial, por falta de requisitos sustanciales, adulteraciones ú otras causas, y que sea bastante para representar en aquel juicio. Si viene un representante legal, como marido por su esposa, hijo por su padre ó vice-versa, etc, ó nuevo tutor, nuevo administrador etc., ha de presentar la comprobación auténtica del carácter si se le exige. Y si fuere caucionero, habrá de prestar la caución, real ó personal, si se le exigiere y él no aparece con responsabilidad suficiente. En todos estos casos, oídas las partes, el Juez resolverá lo que fuere de justicia.

Confesión ficta del demandado que falta. Las palabras del artículo, «se le tendrá por confeso en cuanto no sea contraria á derecho la petición del demandante, si en el término probatorio nada prueba que le favorezca», presentan dificultades en la práctica, tanto en cuanto al modo de obrar, como en cuanto á su alcance ó consecuencias. Por una parte, parecen indicar que esa declaratoria no es oportuna sino en el fallo definitivo, que es cuando puede establecerse si el demandado probó ó nó algo en su favor. Si se hace en el acto mismo de la contestación de la demanda, resulta no tener sino fuerza condicional, que es reprobada en derecho en una decisión. Para evitar semejante impropiedad, estamos conformes con la práctica de muchos tribunales, de limitarse en el acto de contestación á poner constancia de la falta de comparecencia del demandado, y á dar por contestada la demanda. Esto es más cónsono con nuestro sistema de procedimiento, según el cual no puede librarse en aquel estado de la causa una sentencia definitiva por contumacia, puesto que manda abrir el término probatorio, y autoriza al demandado para probar en él lo que le favorezca; para que después del vencimiento del término de pruebas, se libre el fallo definitivo, en el cual obrará la confesión ficta originada de la rebeldía.

En Francia y otros países, en sus juicios orales, la no comparecencia del demandado al debate del asunto, autoriza al actor para establer sus conclusiones de fondo, y al Tribunal para librar lo que llaman *jugement par defaut*, que es una sentencia tal, declarando con lugar aquellas conclusiones, si el Tribunal las encuentra suficientemente justificadas y legales. Más esta sentencia es atacable, ora por oposición, ora por apelación, y en ambos caso vuelve á debatirse de nuevo la causa para su fallo definitivo.

Libertad en la prueba. Y la segunda dificultad que surge es la de es-

tablecer si el demandado tiene libertad absoluta de hacer toda prueba que le favorezca, como si él hubiese contradicho los hechos, ó hubiese opuesto excepciones de hechos; ó si debe limitarse á probar en que sea contraria á derecho la pretensión del demandante. Sostienen algunos esta limitación; y argúyese que si así no fuese resultaría de mejor condición el contumaz por su inasistencia, que el que obedeció á la ley concurriendo al acto, el cual debe limitar sus pruebas á las excepeciones de hecho que hubiese opuesto, excepciones que solo son admisibles en la contestación. Nosotros pensamos lo contrario, opinando que la misma ley le deja en absoluta libertad de probar lo que le favorezca. Los términos de aquella son generales, y nada autoriza para entrar en distinciones cuando ella misma no las hace. Por otra parte esta solo establece una presunción que ha de ceder siempre á la verdad ó en otros términos una confesión ficta, que según los principios, admite prueba contraria. Desde que esa confesión ficta produce sus efectos, mientras no se haya probado lo contrario, no puede decirse ni que la contumacia quede impune, ni que el contumaz sea de mejor condición que quien no lo fue. Lleva en el juicio la carga de esa prueba contraria. Resoluciones de nuestros Tribunales en la época de la vigencia del Código de 1838, admitían al demandado á probar causales de fuerza mayor que le hubiesen impedido á él ó su apoderado asistir al acto de contestación, para desvirtuar asi la base de la confesión ficta—¿De donde saldrá el contraprincipio de negarse la prueba contraria á esta, es decir, la prueba de hechos contrarios á los establecidos por el actor? No se trata de hacer esa prueba fuera de juicio ó á espaldas del actor: nó, es en el mismo debate probatorio, estando frente á frente los adversarios, y cuando la ley lleva penado al contumaz con la carga de la confesión ficta, que echa sobre sí la carga de la prueba contraria. ¿Para qué abrir término probatorio si no se le permitiese probar hechos, que son los únicos suceptibles de prueba, y se limitase el demandado á contradecir el derecho? Sería un absurdo de la ley; y por fuerza resultaría ser fallo irrevocable la declatoria de contumacia, ya que el derecho necesita la base de los hechos para poder ser aplicado. Si en Francia y otros países donde se libra fallo formal contra el contumaz, se admite la oposición dentro de un término señalado por la misma ley, fuera de la cual aquel fallo queda irrevocable, sería monstruoso que entre nosotros la sola declaratoria de inasistencia y de confesión ficta, surtiera de hecho el efecto de tal sentencia definitiva. Creemos contraria á los principios expuestos la opinión de *Sanojo* que propaga deber el demandado probar la no existencia de la obligación: las negativas no se prueban, y la ley no pone limitación.

Respecto á la no comparecencia de ninguno de los litigantes, la ley, es clara: el procedimiento queda en suspenso hasta que el actor vuelva á solicitar la citación del demandado. En tal caso, obedeciendo á la regla legal que vimos oportunamente para cuando hay suspensión indefinida, se avisa, antes de toda providencia, al contrario, que el asunto va á seguir su curso; y después de tal aviso, se fija día y hora para la contestación. Aunque el artículo se contrae al caso en que sea el demandante quien active de nuevo, no puede negarse al demandado, que ya fué citado, el mismo derecho; desde luego que él tiene también interés en el asunto para no quedar indefinidamente con la amenaza de un juicio. Se citará entonces al actor, y luego se fijará el día y hora de la contestación.

El § termina advirtiendo que después de terminado el acto de contestación no podrán admitirse ni las excepciones, ni la contestación al fondo, [illegible] tas de saneamiento, ó garantía, ni peticiones de término extraordi[illegible] El acto se tendrá por concluido después que extendida y leída el acta [illegible] proceda á su firma por el Tribunal y por las partes.

TITULO II

PRUEBAS Y SU TERMINO

SECCION 1ª

Apertura del término probatorio

Art. 287. El mismo día y por el mismo hecho de haberse consumado el acto de la litis-contestación, sin terminar el pleito, se abrirá el término probatorio, sin necesidad de decreto ó providencia del Juez, á menos que por deberse decidir el asunto sin pruebas, el Juez lo declare así, dentro de veinticuatro horas después de dicho acto.

Art. 288. No habrá lugar á pruebas:

1º Cuando el punto sobre que versare la demanda, así por ésta como por la contestación, aparezca ser de mero derecho.

2º Cuando el demandado haya aceptado los hechos narrados en el libelo, y haya contradicho sólo el derecho.

3º Cuando las partes, de común acuerdo, convengan en ello, ó bien cada una por separado pida que el punto se decida como de mero derecho, ó sólo con los documentos y pruebas que obren ya en autos, ó con los documentos que presentaren hasta el informe en estrados.

4º Cuando la ley declarare que sólo es admisible la prueba de documentos, los cuales en tal caso, deberán presentarse hasta el acto de informes.

Art. 289. El decreto del Juez por el que se declare que no se admitirán pruebas, fundado en los casos primero, segundo y cuarto del artículo anterior, será apelable, y el recurso se oirá libremente.

En el caso tercero no se oirá apelación.

Art. 290. Ejecutoriado el dicho decreto, se procederá á la vista de la causa dentro de los seis días siguientes á la ejecutoria.

Art. 291. Si el asunto no debiere decidirse sin pruebas, el
lino para ellas será de diez audiencias para promover y vein-
para evacuar, contadas según se determina en este Título y
el artículo 167 para las que hayan de instruirse en el lugar
juicio; y el mismo término con más el de la distancia de
vuelta, para las que hayan de evacuarse fuera.

ESTUDIO 91.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—De los cinco artículos copiados, el 287 es parte del 202 del Código de 1880, y del 199 del de 73. El 288 como el 289 son nuevos: y el 290 y 291 están incluídos en el mismo 202 y 203 del Código de 80, y 199 y 200 del de 73. La materia de los que no son nuevos viene del artículo 1º Ley 4ª Tit. 2º del Código de 38.

DERECHO ESPAÑOL.—La misma *Ley 1ª Tit. 10 Lib 12. Nov. Recop.* Copiada de el título anterior, con la cual concuerdan las *14 y 33 tit. 16 Part. 3ª*

EXPLICACIONES

Principio del término probatorio. Contestada la demanda ó dádose por contestada, según queda explicado ya, y no habiendo tenido efecto la conciliación, la causa entra de hecho al estado de pruebas sin necesidad de ninguna declaratoria ni decreto del Tribunal, de manera que pasa al nuevo estado por el solo ministerio de la ley. Así queda evitado todo entorpecimiento debido á olvido, descuido ó malicia del Juez, y las partes saben á que atenerse.

Pero la ley agrega: «á menos que por deberse decidir el asunto sin pruebas, el Juez lo declare así, dentro de veinticuatro horas después de dicho acto». ¿Puede hacer esa declaratoria de oficio? Parece que sí por los términos mismos de la disposición, y no tendría inconveniente que lo hiciese cuando el caso fuera indiscutible; pero la prudencia aconseja esperar la solicitud de las partes, que ordinariamente la inician al cerrar el acto de contestación, sobre todo en algunos de los casos que enumera el artículo siguiente, y con los cuales el legislador ha querido precisar la materia, para evitar abusos, que serían gravísimos.

Examinemos esos casos:

Primer caso de omitir las pruebas. Es el primero, cuando por la demanda y por la contestación, aparezca que el punto que ha de resolverse es de mero derecho. No disputan las partes ningún hecho: sólo disienten en la aplicación del derecho; como si el actor pretendiera que le entregase el demandado la cosa dada en venta con pacto de retro, sin vencer el término del rescate, porque no le había pagado tres pensiones de arrendamiento, y el demandado contestase que la ley no le daba tal acción, sino únicamente la de cobro y aun de desocupación. La procedencia ó improcedencia de la acción intentada es el solo punto de discusión y de sentencia.

Segundo caso. El segundo caso de la ley es el de haber aceptado el demandado los hechos del libelo, y contradicho solo el derecho; como si el demandante exigiese en un asunto civil que el demandado le satisficiese los intereses corridos y no pagados desde el vencimiento, á la rata corriente del mercado, aun no estando estipulados, y el demandado contestase que aunque son verdaderos los hechos, el actor no tiene derecho á cobrar los intereses sino á la rata legal de tres p%, y no á la corriente del mercado. Convenido el demandado en los hechos, solo disputa el derecho, ó sea lo que la ley dispone sobre el punto disputado.

Parecen uno mismo el caso anterior y este último, y en esencia [illegible] no hay más diferencia sino que en el primero el convenio en los [illegible] es deducido de la demanda y la contestación, y en el segundo es [illegible] por parte del demandado.

Tercer caso. El tercer caso de la ley es cuando las partes co[illegible] de común acuerdo, ó bien cada una pide por separado, que el pur[illegible]

cida como de mero derecho, ó con solo las pruebas y documentos que obren ya en autos, ó con los documentos que presentaren hasta el informe en estrados. Es un verdadero convenio, que reune el consentimiento de las partes. Parece que en los dos últimos casos, quiere la ley que aun cuando no fuera en rigor punto de mero derecho el que debiera resolverse, puedan las partes convenir en que sea decidido con solo los documentos y datos á que ellos se refieren en su convenio. En ello no encontramos inconveniente puesto que las partes son dueñas de sus respectivas pruebas, y pueden renunciarlas en todo ó en parte, y aun renunciar, de acuerdo, el término probatorio ó parte de él. El tropiezo que pudiera encontrar el Juez de que se le mandase juzgar con datos incompletos, es allanable con la facultad legal que tiene de acordar en su oportunidad autos de mejor proveer, cuya ejecución le ponga en capacidad de esclarecer mejor los hechos. Si todavía así no lograre el pleno descubrimiento de la verdad, culpa no será suya sino de la imprevisión de las partes.

Cuarto caso. Y el cuarto y último caso es aquel en que la misma ley declara que sólo es admisible la prueba de documentos, los cuales deben, en tal caso, ser presentados hasta el acto de informes. Recordamos como ejemplo, los asuntos de ejecutoria de sentencia extranjera, en los que el artículo 719 de este Código, manda no admitir sino los documentos auténticos que presentaren las partes hasta sus respectivos informes, y decidir como punto de mero derecho. La naturaleza de esos asuntos exige no atenerse sino á esa especie de documentación.

Prudencia del Juez. En esa materia de decidir sin más pruebas, deben ser muy cautos los jueces para resolverlo así. Si no están de acuerdo las partes, y una sola pide que se decida sin probanzas ó como punto de mero derecho, ha de tenerse cuidado de oir á la otra; y si esta se opusiere y manifestare tener necesidad de hacer prueba sobre algún hecho, aunque sea para robustecer su posición, ó por simple precaución, no debe negarse la prueba. Más puede arriesgarse con la negativa que con la concesión; porque los superiores pueden encontrar indefención y anular el proceso; porque aun suponiendo que no se alcance bien el propósito de la prueba, como el mejor Juez de su defensa es la propia parte, bien podría suceder que en el desarrollo de sus tendencias, le hiciese falta, y á la misma justicia, el elemento que buscaba; y porque aun en el caso de temeridad en la promoción, hay oportunidad en la sentencia definitiva para castigar aquella, con la imposición de costas.

Apelación. El artículo 289 declara deber oirse libremente la apelación del decreto negando las pruebas, cuando se funda en los casos primero, segundo y cuarto; y no poderse oír cuando se funde en el caso tercero. En este último no hay de que apelar, porque las mismas partes han convenido ó pedido lo que el Juez ha resuelto. En los demás, como éste obra según el criterio que forma, que puede ser apasionado ó extraviado, la apelación no puede negarse, como en todos los casos ordinarios.

Vista para sentencia. El artículo 290 establece que, ejecutoriado que sea el mencionado decreto, se proceda á la vista de la causa dentro de los seis días siguientes. Ha de esperarse, pues, que el decreto que niega las pruebas quede ejecutoriado, bien por haber sido consentido por las partes, bien por que se haya negado apelación por ser inadmisible, ó bien porque, admitida, fuese confirmada por el Superior. Por supuesto, que en este último ca- los seis días para vista corren después que, vuelto el expediente, se manda rdar, cumplir y ejecutar lo resuelto por el Superior.

Término probatorio. Según el artículo 291, cuando haya de haber prue- el término para ellas es de diez audiencia, para promoverlas y veinte para cuarlas, para las que hayan de instruirse en el lugar del juicio; y el mismo nino, con más el de distancia de ida y vuelta para las que hayan de evacuar- fuera. Aquel término debe contarse por días de audiencia, conforme al culo 167, y observarse en cuanto á detalles, lo preceptuado en los ar- os de la Sección 2a de este mismo Título.

Art. 292. Si se hubiere solicitado en el acto de la litis-contestación término extraordinario para pruebas en lugares que disten del del juicio más de dos mil kilometros, y la parte contraria no se hubiese opuesto, el Juez lo declarará concedido, y fijará el que crea prudencialmente según la distancia, con tal que no exceda de doce meses en ningún caso.

Art. 293. Si la parte contraria se hubiere opuesto, el Juez esperará á que se promuevan las pruebas, y si se promovieren dentro del lapso legal, decretará, con vista de los recaudos producidos al solicitar el tèrmino extraordinario y de la promoción misma, lo conducente, según las reglas que se expresan á continuación:

1ª Serán admisibles las que versaren sobre hechos esenciales para la calificación del derecho de las partes, si estuvieren en algunos de los casos siguientes.

2ª Los hechos que se intentare probar deben haber ocurrido en el lugar en que haya de hacerse la prueba.

3ª De las cartas ó documentos cuyo reconocimiento se pide, ó de otra prueba que se haya producido, debe aparecer que las personas á quienes se pide el reconocimiento, reciden en el lugar en que haya de evacuarse la prueba.

4ª Si se trata de prueba documental, el premovente debe expresar la oficina ó archivo del lugar donde ha de hacerse la prueba en que se encontraren los documentos, ó la persona en cuyo poder existan.

Al conceder el término extraordinario, el Juez lo fijará de conformidad con el artículo precedente.

Art. 294. Si el litigante que ha obtenido concesión para evacuar las pruebas de que habla el artículo precedente, no practicare las diligencias consiguientes, ó de lo actuado apareciere que la solicitud fué maliciosa, con el objeto de alargar el pleito, se le impondrá una multa equivalente á la quinta parte del valor de lo que se litigue, y se aplicará á la parte contraria en indemnización de los perjuicios sufridos con la dilación. Si ni aproximadamente fuere conocido este valor, será la multa de una cantidad que no baje de quinientos bolívares ni exeda de cinco mil, con la misma aplicación.

ESTUDIO 92.

ANTECEDENTES.

Derecho Patrio.—Los artículos insertos son en esencia iguale 204 y 205 del Código de 1880, y 201 y 202 del de 73. La mat esos mismos artículos viene de los 2º, 3º y 4º Ley, 4ª título 1º digo de 38.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 2ª tít. 10 lib. 11 Nov Recop.* «Cuando el demandador para probar la demanda, ó el demandado para probar su defensión, dijeren que tienen testigos allende la mar ó fuera del reyno; mandamos que el Juez no les de más plazo de seis meses para traer ante él los testigos ó los dichos dellos; pero si viere el Juez que la prueba se puede hacer en tiempo más breve, que les dé plazo según el albedrío, en que entendiere que se puede hacer la probanza; y porque en los plazos para allende la mar ó fuera del reino no pueda ser hecha malicia ó alongagamiento, mandamos que estos plazos no sean otorgados á la parte que los pidiere, salvo si probare primeramente que aquellos testigos, que nombrare, eran á la sazón en el lugar do el hecho acaeció, y esto que lo pruebe hasta treinta días».

Ley 3ª y 4ª del mismo tít. y Lib.

EXPLICACIONES.

Concesión de término extraordinario. En los artículos á que ahora nos contraemos completa el legislador sus disposiciones sobre el término extraordinario de pruebas. Ya al estudiar el arttículo 283 dijimos en lo que consiste, y la necesidad de solicitarlo precisamente en el acto mismo de la contestación de la demanda, presentando las pruebas ó recaudos de tal solicitud, así como el deber del contrario de manifestar si se opone ó nó á ella, y el del Juez, de poner constancia de haberse hecho oportunamente. Ahora el artículo 292 nos dice que hecha en tiempo, y no habiendo habido oposición contraria, el Juez debe concederlo, fijando el que juzgue prudente, según la distancia, con tal que no exceda en ningun caso de doce meses: lo cual viene á tener lugar después de la promoción de la prueba.

Si hubo oposición, toca al Juez asegurarse de que las pruebas fueron promovidas, dentro del lapso legal; pues de otro modo, no pudiendo mandarse evacuar, mal podría acordarse término para ello. Y luego, con vista de los recaudos que debieron presentarse en apoyo de la petición en su oportunidad, y de las puebas mismas promovidas, concédese ó nó dicho término, observando las reglas que se le dan en el artículo 293 que vamos á examinar.

Reglas para la concesión. Segun la primera, se requiere que las pruebas sean admisibles; y sólo lo son las que versaren sobre hechos esenciales para la calificación del derecho de las partes. Sería una contradicción, á la vez que desacertado, abrir ancha puerta á la concesión de ese largo término para probar circunstancias insustanciales ó detalles de poca importancia, que siempre lograría rastrear la malicia de un litigante, cuando precisamente se trata de prevenirse contra tales abusos. Lógico es, pues, exigir que los hechos sean esenciales, esto es, de aquellos que sirvan de base ó fundamento al derecho deducido ó á las xecepciones opuestas, de modo que contribuyan principalmente á su calificación, y por su importancia merezcan ser probados. Ninguna, ó bien poca dificultad puede haber para calificar esos hechos, con vista del libelo y de la contestación, en los cuales quedan planteadas las cuestiones que han de debatirse.

Pero no basta lo esencial de los hechos: la ley exige más; y es que [illegible]ra alguna de las circunstancias enumeradas en las reglas segunda, ter[illegible] ó cuarta.

primera de esas circunstancias es que los hechos que se pretendiere [illegible], hayan ocurrido en el lugar donde haya de hacerse la prueba. En [illegible]aso natural es que allí donde el hecho aconteció, se encuentren los [illegible] de la prueba; y por tanto, la concesión del término para hacer esta, [illegible]one. ¿Pero bastará que en la relación que contenga el libelo ó la [illegible]ción, se diga que el hecho ó hechos tuvieron lugar en París, verbo y

gracia, para sin otro recaudo conceder el término? En aquellos, libelo ó contestación, debe estar la base, más en la promoción deben estar detallados ó pormenorizados los hechos concretos que se qieren probar ¿Y cuales serán los recaudos que hayan de producirse para pedir el término? Que el simple dicho del interesado en su relación de los hechos y en los capítulos articulados de su promoción, sea suficiente, no nos parece racional; porque la ley le exige recaudos que apoyen su solicitud, y que los hechos estén en alguno de los casos que ella enumera: que tenga que aducir como recaudos la prueba misma de los hechos, tampoco nos parece racional, porque sería cargarlo con una doble prueba, aqui y allá; pero natural encontramos que presente la demostración de algunas circunstancias que hagan creible la sinceridad de la relación y de los capítulos de la promoción: por ejemplo, si se tratara del arrendamiento de una casa situada en Caracas, hecho en París, á un vecino de Caracas, debería probarse en globo que en efecto la casa es de fulano de tal, que existe en Caracas, y que son sabedoras de haberla contratado allí con el promovente, fulano y zutano, residentes allá. Ese recaudo bastaría para la concesión; y en la promoción de la prueba se detallarían los particulares que tendiesen á demostrar los términos del contrato que se hiciera, su fecha, su duración, y sus diversas condiciones, según lo que en el jucio se discutiere.

Continuación de la regla. Pudiera tratarse sólo de la comprobación del estado ú otra circunstancia, de alguna cosa que se encontrare en el lugar donde debe hacerse la prueba. Entonces la demostración de la existencia de la cosa allí, sería recaudo bastante para pedir y obtener la concesión, por ser obvio que es allá donde puede hacerse naturalmente y con exactitud, semejante prueba.

Al considerar el número 3º del artículo, que dice que de las cartas ó documentos cuyo reconocimiento se pida, ó de otra prueba que se haya producido, debe aparecer que las personas á quienes se pida el reconocimiento, residan en el lugar donde haya de evacuarse la prueba, pudiera quererse colegir que esa disposición está ligada á la del número 2º, y que por ende ha de entenderse limitada al caso en que los hechos hayan pasado en el lugar donde va hacerse la prueba; de suerte que si los hechos hubieran pasado en Venezuela y los testigos que pudieran declarar sobre ellos estuvieran en el lugar donde se quisiere hacer la prueba, no podría concederse el término. En nuestro sentir eso sería un error; pues desde que el número 1º dice, *si estuvieren en algunos de los casos siguientes*, claro es que los contenidos en los números 2º y 3º son casos distintos, y no el 3º comprendido ó complementando al 2º La prueba, pues es admisible, aun cuando los hechos hubiesen pasado en Venezuela, si los que debieran declarar ó reconocer cartas ó documentos se encontrasen en el lugar donde la prueba ha de ser hecha.

Los dos números 2º y 3º sí comprenden posiciones, juramento, declaraciones, reconocimientos, ratificaciones, ó repreguntas etc: todo lo que sean afirmaciones de personas, y aun constancias oficiales.

Prueba de documentos. El número 4° se refiere á la prueba documental; y exige que el promovente exprese la oficina ó archivo del lugar de la prueba donde existan, ó las personas que los tengan. Tan natural es esa expresión que de otro modo sería imposible la prueba.

Duración del término. El artículo concluye encomendando al Juez conceder el término fije su duración, según la regla ya dada, esto nunca exceda de doce meses; de manera que ha de correr entre el no ordinario que son treinta audiencias y la distancia de dos mil kilá- que es el máximum del término ordinario, y los dichos doce mese

Apelaciones. No está determinado del todo en la ley el proc- que ha de seguirse en tales casos. Procuremos precisarlos según lo-

pios y prácticas seguidas. Hemos visto cuando y cómo se pide ese término extraordinario, y cuándo y según cuales reglas se acuerda ó niega. Si se niega, el solicitante podrá apelar, y la alzada deberá oirse libremente, como en toda negativa de prueba. Si se concede, la apelación del oponente sólo se oirá en un efecto, conforme á la regla que veremos adelante.

Curso de las pruebas. Acordado el término, sigue corriendo con el ordinario para luego contar la distancia de ida y vuelta, de uno y otro, á fin de que vencida la acordada para el ordinario, continúe y se espere el vencimiento de la del extraordinario.

Cartas rogatorias. Pero para la evacuación de la prueba hay que librar los despachos en los términos convenientes y con todas las indicaciones conducentes á lograr el objeto, ya que se trata de una comisión cometida á un Tribunal extranjero. Esos despachos se conocen con el nombre de *cartas rogatorias*, y son de frecuentísimo uso entre las naciones. «No hay duda, dice *Fiore* que los magistrados de un Estado pueden dar comisiones rogatorias para los actos de instrucción en país extranjero, sin preocuparse de si existe ó nó convención *ad hoc*; pero no hay modo de obligar al magistrado extranjero á darles ejecución, cuando no exista convenio expreso entre los dos países. La comisión rogatoria debe ser considerada como un mandato voluntario que puede ser dado, aceptado ó rehusado. El magistrado extranjero si no ejecuta la comisión está en su derecho; ejecutándola no compromete su independencia. Es por eso que tales comisiones deben ser siempre dadas en una forma cortés».

Cuando las relaciones amistosas entre dos países han sido interrumpidas por una causa cualquiera, deben abstenerse los magistrados de librar tales rogatorias; porque en lo oficial no sería posible lograr su desempeño, y no deben exponerse á un rechazo seguro, que no sería sino la consecuencia forsoza de ese estado desgraciado de relaciones.

Dirección de la rogatoria. Como son raros los países donde se autoriza á las partes á presentar directamente la rogatoria al Tribunal extranjero comisionado, y por el contrario en muchos se exige que dicha carta sea enviada por la vía diplomática, la práctica seguida, recomendada por los autores, es dirigir la rogatoria al Ministro de Relaciones Interiores del país donde se sigue el juicio para que lo pase al de Relaciones Exteriores, y este lo envíe al de igual clase del país donde ha de evacuarse la prueba, el cual lo pasa al de la Justicia, con el fin de que instruido de que nada se exige contrario á la ley nacional, ordene el cumplimiento por el Tribunal competente, de la manera que la ley señala.

Conveniencia de cumplir la rogatoria. «Cuando las providencias de autoridad extranjera, dice el citado *Fiore*, se refieren á examen de testigos, peritajes, juramento, interrogatorios y otros actos semejantes de instrucción, es una necesidad suprema para la recta administración de justicia, que se la dé ejecución; y no debería haber necesidad de tratados especiales para llenar el deber cortés de no embarazar el curso regular de los procedimientos, á condición de reciprocidad». Esta debemos ofrecerla en las cartas rogatorias, pues que el artículo 721 de este mismo Código manda á nuestros tribunales evacuar tales diligencias, dando ejecución al decreto del Juez extranjero, que llegue por la vía allí indicada.

ey que sigue el comisionado. Admítese generalmente que el funcionario ionado para la ejecución de una comisión rogatoria debe proceder en conforme á las leyes de su propio país; pero que puede el comitente gnar en la comisión misma alguna forma determinada, ó alguna foridad especial, en obsequio de la eficacia de la prueba donde va obrar en nitiva. (Por ejemplo en la forma de las posiciones, ó de las repreguntas stigos, en que difieren de ordinario los procedimientos). No obstante, tandicaciones no se imponen al comisionado, quien puede desecharlas si

las encuentra en contradicción con alguna ley territorial, ó modificarlas por razón de orden público. No haciéndose ninguna recomendación especial se entiende que el comisionado cumple su comisión procediendo según sus propias leyes, porque el comitente no puede imponerle la forma de proceder de su país.

Facultades del comisionado. Por lo que acabamos de decir, puede convenir al promovente de la prueba exigir el juramento, é incluir en los interrogatorios de testigos, preguntas sobre lo que llamamos generales de la ley, exigir el jujuramento de los peritos, recordar que en algunos países no se admiten repreguntas á los testigos y en otros deben ir escritas en pliego cerrado; y finalmente ambas partes han de tener presente que el comisionado carece de facultades para decidir recursos formados contra la comisión, ni incidentes contenciosos, pues ello es de la competencia del Juez de la causa. Por último el promovente no debe olvidar que si no tiene un agente que sufrague los gastos, no se le dá curso á la comisión.

Penas por la no evacuación. Pasemos ahora al artículo 294 que determina las penas que han de imponerse á ciertas faltas en esta materia del término extraordinario de pruebas. Dice el artículo que si el litigante á quien se concedió ese término, no practicare las diligencias consiguientes, ó de lo actuado apareciere que la solicitud fué maliciosa con el objeto de alargar el pleito, debe ser multado en la quinta parte del valor de lo litigado, y cuando no se conoce siquiera aproximadamente ese valor, en una cantidad que no baje de quinientos bolívares ni exceda de cinco mil, las cuales multas se aplicarán á la parte contraria en indemnización del perjuicio causado por la dilación. Quiere así el legislador penar, por una parte, la malicia cuando de lo actuado apareciere que el propósito fué solo alargar el pleito, y por otra parte, la sospecha de malicia ó inercia dañosa del interesado que no practica las diligencias consiguientes. Justo es que si de la actuación misma resulta la prueba del mal propósito de alargar el pleito, el daño que de la dilación resulta al adversario sea indemnizado por el autor. Cuando el promovente no practicó las diligencias consiguientes, para lo cual es preciso, ó que no haga enviar los despachos rogatorios, ó no agite su remisión por las vías correspondientes; ó no agencie por sí ó por otro, la evacuación de la prueba en el lugar donde haya de hacerse; ó bien no comisione á alguien para que supla el papel timbrado y pague los derechos, copias, traducciones etc., ó en una palabra que demuestre en su conducta no tomar interés en que las diligencias se practiquen; bien merece la pena. Es esa conducta la que castiga la ley; no el resultado de la prueba, aunque fuese desfavorable; ni los obstáculos que contra su querer impidieren la práctica de las diligencias, como muerte ó ausencia de los testigos, incendio de oficina donde estuvieren los documentos, y menos cualesquiera otros accidentes de fuerza mayor ó casos fortuitos que se comprobare ó fueren notorios de toda notoriedad, como guerra internacional, bloqueos, peste etc. Como nadie está obligado á lo imposible, claro es que no puede haber falta en dejar de hacer lo imposible, que puede ser penada.

Monto de la multa. En cuanto á la pena misma, la ley la fija en el quinto del valor de lo que se litigue, y si ni aproximadamente fuere conocido ese valor, en una multa, cuyo minimum es de quinientos bolívares y cuyo máximum no puede pasar de cinco mil. Tal determinación del valor litigado será ordinariamente fácil cuando sólo se discuta un punto determinado; pero asuntos hay en que se debaten puntos distintos, como en las particiones, concursos, cuentas y otros; y entonces obvio es que el valor de que se trata no puede ser sino el del punto que ha dado lugar á la [illegible] del término extraordinario; porque nunca se indemnizan sino perjuicios inmediatos ó directos, y no los remotos sobrevenidos por ocasión; y [illegible] la falta penable que es la malicia no se ha extendido á lo demás [illegible] ceso, mientras no resulte lo contrario.

Art. 295. Cuando en cualquier acto de pruebas, la persona interrogada no conociere el idioma castellano, se nombrará un intérprete que jurará previamente traducir con fidelidad las preguntas y sus respuestas.

Art. 296. Cuando se deba interrogar á un sordo, á un mudo, ó á un sordo-mudo, al primero se le presentarán las preguntas escritas, así como cualquiera observación del Juez para que conteste verbalmente; al mudo se le hará verbalmente la pregunta para que la conteste por escrito, y al sordo-mudo se le hará la pregunta y observaciones per escrito para que responda también por escrito. Lo escrito se agregará original, además de copiarlo en el acta.

Si el sordo, el mudo, ó el sordo-mudo no supieren leer ni escribir no podrán ser interrogados en juicio civil.

Art. 297. La mujer honesta no será obligada á concurrir al Tribunal para ningún acto de pruebas.

ESTUDIO 93.

ANTECEDENTES

Derecho Patrio.—El artículo 295 generaliza la disposición que contenía, respecto de posiciones, el artículo 209 del Código de 80, que era la misma del artículo 205 del de 73, así como la que cuanto á testigos, contenía el 234 de 1880 igual al 239 de 73, y que vienen del artículo 34 de la ley 4ª tit. 1º del Código de 38. Tal generalización es debida á la disposición del artículo 11 del Código Civil que declara ser el castellano el idioma Oficial, y no poder las oficinas públicas usar otro en sus actos.

En cuanto al 296 es nuevo; pues los Códigos anteriores nada pautaban respecto de interrogatorios á los sordos, mudos y sordo-mudos. Son armónicos con las disposiciones del Código Civil sobre testamento de tales personas.

Y en fin el 297 es igualmente generalización del aparte del artículo 211 del Código de 80 y 207 del de 73, respecto de posiciones.

Derecho Español.— *La ley 35 tit 16. Part. 3ª* excusaba de asistir al Tribunal á dar declaración, entre otras á las mujeres honradas.

EXPLICACIONES

Intérpretes. Son de mero procedimiento las disposiciones de los tres artículos que estudiamos. Desde que el idioma oficial es el castellano, claro es que quien no le conociere ha menester de un intérprete, que versado en el que él hablare, le traduzca fielmente las preguntas y así mismo las contestaciones que diere. No podría evacuarse la prueba de otro modo, porque su resultado no podría hacerse constar en otro idioma distinto del oficial, aun ...do el personal del Tribunal conociere particularmente el del interroga-...te ó testigo. Y como ese intérprete va á desempeñar un cargo pú-...o delicado, de cuya fidelidad depende la constancia de la verdad, sin al-...ción alguna, su nombramiento no puede quedar á la voluntad de las ...es, y debe hacerlo el Juez en persona competente por su pericia en el ...ma de que se trata, por su inteligencia y por su completa imparcialidad; ...nal debe jurar desempeñar con fidelidad su cargo.

Interrogatorios á los sordos, mudos etc. El modo de interrogar al sordo, al mudo y al sordo-mudo respectivamente, que se establece en el artículo 296 es el natural y apropiado; porque sería imposible entenderse por gestos, signos ó mímica, sin incurrir en errores y alteraciones de la verdad: y la ley lo dice bien claramente cuando establece que si no supieren leer ni escribir no podrán ser interrogados en juicio civil: esto es preferible.

Mujer honesta. Y el mandato del artículo 297 sobre la mujer honesta, de no ser obligada á concurrir al Tribunal, es homenaje á su condición, verdaderamente merecido para mantener el respeto y consideración social á las virtudes domésticas. No quiere eso decir que se prohiba su interrogatorio; sino que deba concurrirse á su morada para que allí tenga lugar el acto, que es lo que en la práctica se acostumbra, respecto de las personas que ocupan altos puestos oficiales.

SECCION 2ª

De los medios de prueba y de la promoción

Art. 298. Los medios de prueba que podrán emplearse en juicio serán únicamente los que determine el Código Civil.

Puede tambien pedirse la exhibición de la cosa ó del documento que sean objeto de la acción ó que fueren necesarios para hacer una prueba conducente. En uno y otro caso el poseedor puede ser obligado á exibirlos, para lo cual estimará el Juez las circunstancias; todo sin perjuicio de disposiciones especiales.

Art. 299. Dentro de las diez primeras audiencias del término probatorio deberán las partes promover todas las pruebas de que quieran valerse.

Exceptúanse las de confesión, experticias y reconocimiento judicial, que podrán promoverse en todo el curso del término probatorio, antes de su conclusión, salvo cualquiera otra disposición especial de la ley.

Art. 300. Al promover prueba de testigos, la parte presentará los interrogatorios por los cuales deban ser examinados, y las listas de los que deban declarar, con expresión del domicilio de cada uno. Después no se admitirán nuevos interrogatorios ni otros testigos.

Los interrogatorios no contendrán preguntas que no tiendan directamente á calificar la acción del demandante ó la ex[illegible]n del demandado.

Art. 301. Dentro de la tercera audiencia después [illegible]a promoción, cada parte deberá expresar claramente si con[illegible]e los hechos que trata de probar su contrario con los int[illegible]t-torios, ó si conviniere en alguno ó algunos de esos hec[illegible]s

terminándolos con claridad, á fin de que el Juez pueda fijar con precisión los hechos en que están de acuerdo y los en que están divergentes.

Si alguna de las partes no cumpliere con dicha formalidad en el término fijado, se considerará haber contradicho los hechos.

Art. 302. Dentro de tercera audiencia después de la promoción, si no hubiere de hacerse prueba de testigos, el Juez providenciará los escritos de prueba, admitiendo las que sean legales y procedentes, y desechando las que aparezcan manifiestamente impertinentes ó ilegales.

Si se hubiere promovido prueba de testigos, la providencia se librará por el Juez dentro de la tercera audencia, después de pasado el término fijado en el artículo anterior, siguiendo las reglas establecidas en este artículo para admitirlas ó desecharlas, así como las del Código Civil sobre admisibilidad de tal prueba, y ordenando además que se omitan las declaraciones sobre aquellos puntos en que aparezcan claramente convenidas las partes.

Art. 303. Si el Juez no providenciare los escritos de prueba dentro de los términos que se le señalan en el artículo anterior, incurrirá en una multa disciplinaria de cien á mil bolívares, que le impondrá el superior, de acuerdo con el artículo 37; y si no hubiere discusión entre las partes sobre admisión, éstas tendrán derecho á que se proceda á la evacuación de las pruebas, aun sin providencia de admisión.

Si hubiere oposición sobre la admisión de alguna prueba, ésta no se procederá á evacuar sin la correspondiente providencia. El Juez incurrirá en una multa igual á la que expresa este artículo por cada día que retarde providenciarla

Art. 304. Admitidas las pruebas ó dadas por admitidas, conforme á los artículos precedentes, empezarán á correr las veinte audiencias destinadas á la evacuación; pero si hubieren de practicarse algunas fuera del lugar del juicio, se contará primero el término de distancia de ida, luego las dichas veinte audiencias ó las que de ellas faltaren, y en fin el término de distancia de vuelta.

Art. 305. De toda negativa de prueba habrá lugar á apelación en ambos efectos; de la admisión, sólo en un efecto, salvo disposición especial de la ley.

ESTUDIO 94.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—El artículo 298 es el 206 del Código de 80 y 203 del 73, en los cuales se agregaba entre los medios de prueba el reconocimiento judicial, que no estaba en el Código Civil. Pero la disposición del apar-

te de dicho artículo 298, era en sustancia la de los artículos 165 y 163 respectivamente de estos dos Códigos. La parte principal venía del artículo 6º Ley 4ª Tit. 1º del Código de 38, que no se refería al Civil, sino enumeraba los medios de prueba así: 1º La confesión judicial ó posiciones: y la confesión extrajudicial comprobada en juicio; 2º los documentos públicos y privados; 3º el juicio de expertos: 4º el reconocimiento judicial ó vista ocular; 5º las informaciones de testigos; y 6º el juramento.

En lo demás de esta Sección, fuera de la parte última del artículo 302 que manda admitir todas las pruebas legales y procedentes y desechar las que aparezcan manifiestamente impertinentes, lo cual ordenaban los artículos 207 y 204 respectivamente de los Códigos de 80 y 73, no se encuentran antecedentes directos de la tramitación que establecen los demás artículos que estudiamos, que son nuevos y consecuencia forsoza del método ahora seguido. El mandato del actual artículo 299 de deberse promover dentro de las diez primeras audiencias, todas las pruebas, con las excepciones allí señaladas, se limitaba á los documentos y prueba de testigos que habían de promoverse dentro de 15 días según los artículos 219 y 234 del Código de 80 y 214 y 229 del de 73: disposiciones que así limitadas venían del artículo 5º ley 4 tít. 1º del Código de 38.

Derecho Español.—*Ley 1ª Tit. 14 Part. 3ª* «Prueba es averiguamiento que se face en juizio en razon de alguna cosa que es dubdoza . . .»

Ley 8ª Tit. 14 Part. 3ª «Pruebas e averiguamientos son de muchas naturas para probar los omes sin intenciones, y son estas: otorgamiento è conocimiento que la parte faga contra sí en juyzio, e fuera de juyzio, en la manera que desuso mostramos en las leyes que fablan en esta razon; ó testigos que dizen acordadamente el fecho, e son tales que por razón de sus personas ó de sus dichos non se pueden desechar; ó cartas fechas por mano de Escribano público ó otra cualquier que deba ser creída e valedera, assi como se demuestra cumplidamente en las leyes de sus títulos. E aun hay otra natura de probar á que llaman presunción, que quiere tanto decir camo grand sospecha que vale tanto en algunas cosas como averiguamiento de prueba . . . . . Otro sí hay otra natura de prueva assí como por vista del judgador, veyendo la cosa sobre que se ha contienda . . . . . E otro sí si fuera pleyto en razón de alguna muger que decian que fincaba preñada de su marido; ca tales contiendas como estas se deben librar por vista de mugeres de buena fama. E hay otra que se face por fama, ó por leyes, ó por derechos que las partes muestran en juyzio para averiguar e vencer sus pleytos, assí como adelante mostraremos. E aun acostumbraron antiguamente y úsanla oy en dia, otra manera de prueba assí como por lid de caballeros ó de peones que se face en razón de riepto, ó de otra manera. E como quier que en algunas tierras ayan esto por costumbre; pero los sabios que fizieron las leyes non la tuvieron por derecha prueva».

Ley 7ª Tit. 14 Part. 3ª . . . «Otrosi decimos que aquella prueva deve ser tan solamente recibida en juyzio que pertenece al pleyto principal sobre que es fecha la demanda. Ca non deve consentir el judgador que las partes despiendan su tiempo en vano en provando cosas que non se puedan después aprovechar, maguer las provassen».

Ley de los tit. 10, 11, 12 y 15 y ley 4 Tit 19, lib. 11 Nov. Recop.

EXPLICACIONES

¿Qué es prueba? Prueba en general es la demostración de la ver- 1
de un hecho. Y para llegar á esa demostración, sea directa, sea indirecta es indispensable el empleo de los elementos adecuados para produ- 1
convencimiento. Esos elementos de convicción son los medios de prueb

En derecho se entiende principalmente por prueba, según la definición de la ley de Partida, el averiguamiento que se hace en juicio de alguna cosa dudosa, ó en otros términos, la producción de los actos ó elementos de convicción que somete el litigante, en la forma que la ley previene, ante el Juez que conoce del litigio, y que son propios según derecho para justificar la verdad de los hechos alegados en el pleito, conforme á la explicación de *Caravantes.*

Medios legales de prueba. Llegar á la adquisición de la verdad completa, perfecta, absoluta por medios meramente humanos, es rarísimo si no imposible. Los sentidos corporales del hombre son deficientes, y á cada paso le engañan y extravían: la memoria, la percepción, la reflexión y otras facultades intelectuales son limitadas, y con frecuencia le inducen á olvidos, á deficiencias, á dudas, á confusiones y errores; y la ignorancia, la mala fé, el interés y las pasiones de vario linaje le hacen resolver muchas veces á ocultar, á disimular, á alterar la verdad á sabiendas. El legislador no podía, por tanto, abandonar á la independencia de la lógica de cada parte ni del Juez, la fijación de los medios de prueba, ó de los elementos de averiguación de la verdad, ni de la apreciación misma de su mérito, sino que ha tenido que apelar al tesoro de la experiencia para fijar él los medios de prueba utilizables en los juicios, revestirlos de todas las precauciones, de todas las solemnidades y de todas las condiciones necesarias para alejar el engaño, el error y el abuso; y para asegurar en el mayor grado posible todas las probabilidades de llegar al conocimiento de la verdad, si no perfecta, absoluta, á lo menos lo más aproximado á la realidad para poder considerarse como tal. En esa tarea de depuración, digámoslo así, han venido ayudando siempre á la legislación las lecciones constantes de la experiencia y los progresos de la civilización: por lo cual desaparecieron tiempo hace los juicios de Dios, los duelos judiciarios, y otros medios semejantes usados en pueblos incultos; han sido desechadas las pruebas privilegiadas de otros tiempos; y últimamente se ha reducido á estrechos límites en lo Civil, la prueba testimonial, tan ocasionada á errores y engaños. Los medios de prueba están, pues, definidos y reglados por el legislador; y las partes y los jueces tienen que amoldarse á esos tipos legales, sin poder eludirlos ni modificarlos, como materia de orden público que es. No podría una parte, por consiguiente, ofrecer como prueba que el Juez se informase confidencialmente con tal ó cual personaje, con tal ó cual confesor, sobre la verdad de tales ó cuales hechos; no podría pedirle que apelando al espiritismo, invocase los espíritus de los más sabios y justos contemporáneos para que le revelasen la verdad sobre tales ó cuales puntos discutidos. Ni las partes ni los jueces pueden inventar medios de prueba, debiendo atenerse á los que el legislador fija; y ni siquiera pueden variar á su antojo el modo de evacuarlas en nada sustancial, y aun en lo no sustancial, sin el acuerdo de todos los interesados.

Cuáles eran? Los autores antiguos comprendían todos los medios de prueba utilizables en los juicios en los dos siguientes versos latinos:

Aspectum, scultum, testis, notoria, scriptum;

Jurans, confessus, præsumptio, fama probavit.

Como se vé, comprendían la notoriedad y la fama pública, que bien pueden ser *objetos* pero nó *medios* de prueba.

primero de los artículos en que nos ocupamos dice que los medios de que pueden emplearse en los juicios, son lo que determine el Código Ci- agrega que puede también pedirse la exhibición de la cosa ó documento, es objeto del litigio ó se necesite por una prueba conducente.

sultando, pues, el Código Civil encontramos que los medios de prueba umera en el Título de la prueba de las obligaciones son:

documentos públicos ó privados, con todo lo que incluye en estos.

declaraciones de testigos.

Las presunciones.

La confesión judicial y la extrajudicial.

El juramento.

La experticia.

Y la inspección ocular.

A juicio de los autores, algunos de los enumerados no son en rigor medios de prueba; saltando á la vista la exactitud de la observación respecto de las presunciones *hominum*, que son sólo el resultado de la labor intelectual para apreciar el mérito de pruebas incompletas en sí; de tal suerte que en ningún Código de Procedimiento nuestro se ha reglado nunca procedimiento para prueba de presunciones, ni á nadie ha ocurrido promover algo con el nombre de prueba de tal linaje. De todos los demás medios incluidos en el dicho Código Civil, se ocupa este de Procedimiento, como vamos á verlo.

Término de promoción. El artículo 299 ordena promover todas las pruebas dentro de los diez primeros días de audiencia del término probatorio, con excepción de las posiciones, experticias y reconocimiento judicial, que tienen más amplio lapso según iremos viendo. Para nosotro ese mandato no incluye la acción *ad exhibendum* aun usada para una prueba conducente, porque ella no es la prueba misma, sino medio de llegar á la prueba; y por que en todo caso habría que asimilarla á la inspección ocular, que sería el resultado definitivo á que se llegase. Y como puede emplearse para otros fines, nos detendremos, sobre todo para recordar los antecedentes especiales españoles y romanos, y aclarar la materia.

Exhibición de la cosa. La ley 16 Tit. 11. Part. 3ª decía: «Parecer debe en juizio la cosa mueble que demanda un ome á otro, ca muchas veces acaesceria que non podría el demandador ciertamente fazer su demanda, nin aducir pruebas sobre ella si la cosa que demandasse no fuesse mostrada. E por ende decimos que el demandado es tenudo de demostrar aquella cosa quel demandan antel judgador, leyendo delante aquel que face la demanda, ó su personero, quier la demande por razón que es suya, ó porque fuera empeñada, ó porque avia otro derecho señalado de ella».

Exhibición de documentos. Ley 17 Tit. 11 Part. 3ª «Carta de testamento ó de otra manda que alguno tuviesse, si le fuere en juyzio demandado que la muestre, razonando el demandador que él era y escrito por heredero, ó porque le era dejada alguna manda en ella, tenudo es el demandado de gela mostrar. Otrosì quando fuesen muchos los herederos, y el uno de ellos tuviesse todas las cartas ó el testamento que perteneciesse á la heredad . . . . . Otrosi tenudo es el vendedor al comprador de mostrarle las cartas é el recaudo que tiene de aquella cosa quel vendió porque él se pueda amparar de aquellos que gela demandaren . . . . . E aun sin todo esto decimos que seyendo alguno obligado á otro por carta que oviesse fecho sobre sí, tenudo es el que la tuviere de entregarle della, pues quel oviere pagado la debda. Eso mismo sería quando alguno de los compañeros toviesse cartas de las cuentas que fuesen comunales á todos. O el personero que toviesse las cartas ó las razones escritas de como el pleyto passó . . . . . O el guardador las cartas que perteneciessen á las cosas del huérfano . . . . . Ca en qualquier destas razones que avemos dicho ó en otras semejantes dellas, tenudo es el que toviere las cartas ó los escri le los mostrar en juyzio, si gelo demandaren los señores dellas ó otros q s- sen derecha razón para demandarlas».

DERECHO ROMANO.—Las Paudectas en su *Lib. X Tit. IV ad exn es 1ª, 2ª, 3ª, 11 y 19* traen los siguientes textos:

«Hœc actio per quam necesaria est, et vis ejus in uso cuotidian et máxime vindicationes inducta est».

«Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei qui agit, experiendi sit copia».

«Sciemdum est adversus posesorem hac actione agendum, non solum eum qui civiliter sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni. Denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet».

«Impendiis actoris prefrerendam perducendámve eo loci ubi actum sit».

«Ad exhibemdum possunt agere omnes quorum interest».

Que dicen :

Esta acción tan necesaria está en uso cuotidiano sobre todo en las reivindicaciones.

Exhibir es hacer presentación de la cosa ante el Juez, para que quien pide pueda litigar.

Se ha de saber que por la acción ad exhibemdum se puede pedir no sólo contra el poseedor civil sino también contra el poseedor natural. Así que el acreedor que recibió una cosa en prenda puede ser obligado á exhibirla.

La exhibición ha de hacerse en el lugar á expensas del actor.

Pueden pedir la exhibición todos aquellos á quienes interesa.

Como se vé, esa acción conocida desde Roma con el nombre de *ad exhibendum* tiene por objeto pedir la presentación ante el Juez de una cosa mueble ó de documento.

Según la doctrina corriente, esa acción puede intentarse como principal para el solo efecto de la presentación de la cosa ó documento con el fin de preparar alguna reclamación, asegurándose previamente con presencia de aquellos, de la identidad ó de otras circunstancias, y de los derechos que realmente consagren ó apoyen; ó bien puede intentarse como incidental en un juicio ya existente cuando la cosa ó documento fueren necesarios para una prueba conducente, como marcas ó hierros, vicios ó tacha de un animal, legados de un testamento ó declaratorias sobre obligaciones etc. Las palabras de nuestro artículo: « Puede también pedirse la exhibición de la cosa ó documento *que sean objeto de la acción* ó que *fueren necesarios para hacer una prueba conducente* », están diciendo que nuestro Legislador no quiso separarse de esa doctrina. También enseña la ciencia que la acción se dá contra el poseedor, el que tenga la cosa aunque sea á nombre de otro, ó aunque no sea dueño. Las palabras de nuestro artículo, « *en uno y otro caso el poseedor está obligado á exhibirlos* », confirman la doctrina. Y en fin se dá la acción á todo el que tenga algún interés, alguna *razón derecha*, como decía la ley de Partida.

Procedimiento. Para el procedimiento ha de tenerse presente cual de los dos casos de la ley es el que ocurre. Si se usa de la acción como principal, citado el demandado, convendrá ó negará ser tenedor, ó deber ó no presentársela; y entonces la decisión sobre exhibición dependerá del resultado de la prueba que se hiciere en el juicio. Si se empleare como incidental en un jui- incoado ya, pídase contra la parte adversaria ó bien contra un tercero, preciso presentar la comprobación de ser tenedor ese contra quien se pi- el cual tiene el derecho de defenderse en la incidencia que ha de abrirse. ambos casos ha de demostrarse también el interés que se tiene en la ción. Por lo mismo dicho, y por haber disposiciones especiales que niten la presentación, como sucede respecto de los libros de comercio, artículo manda al Juez estimar las circunstancias.

as de la exhibición. Silencia nuestra ley á costa de quien deba hacerse

la presentación. Por regla general toca hacerla á expensas del que la pide, que es quien tiene el interés; sin que por eso no pueda haber casos en que la justicia exija que se haga lo contrario, como cuando el tenedor maliciosamente ha tratado de ocultar la cosa, alejándola del lugar del juicio. El punto no carece de importancia, si se trata de animales que han de trasladarse de larga distancia, y que requieren gasto diario para mantenerlos y cuidarlos.

Como se promueve la prueba? Volviendo á nuestro artículo 299 sobre promoción de las pruebas, es obvio que las partes pueden hacerla en los términos que crean más convenientes, porque la ley no le impone ninguna fórmula. Le basta amoldarse á los medios que permite emplear la ley, sin que por esto le sea vedado, á nuestro juicio, agregar alguna exigencia que sin desnaturalizar el medio de prueba, pueda contribuir al mayor esclarecimiento de la verdad, como por ejemplo, pedir que los testigos que hayan de declarar sobre un lindero, en juicio de deslinde, lo hagan en la misma localidad para que señalen los puntos á que se refieran. Siempre que la exigencia no contenga alguna ilegalidad, y sea posible, sin interrumpir el curso de la causa, el Juez debe atenderla.

Promoción de prueba de testigos. Continúa el legislador en el artículo 300 y en los siguientes estableciendo el procedimiento para la promoción y admisión de las pruebas. En aquel dispone que al promover prueba de testigos debe el promovente presentar los interrogatorios por los cuales deben ser examinados y la lista de los testigos, con expresión de sus domicilios. Agrega que después no se admitirán nuevos interrogatorios ni otros testigos; así como que los interrogatorios no deben contener preguntas que no tiendan directamente á calificar la acción del actor ó la excepción del demandado. Aquella presentación de los interrogatorios es sustancial, pues que ellos constituyen en verdad la promoción, y sin ellos sería imposible la prueba. La lista de testigos se suple de ordinario, expresando en cada capítulo ó interrogatorio el nombre y domicilio de las personas que han de responder á él, lo cual ahorra el trabajo de presentar por separado una lista general de los testigos. Y la indicación del domicilio es indispensable para poder evacuar la prueba, con mejor conocimiento de los declarantes. Pero en ese punto los errores ó inexactitudes se subsanan sin inconveniente, por diligencias en que se expresan las verdaderas residencias actuales de los testigos, toda vez que el promovente no está obligado á saber las variaciones de domicilio ó residencia de los que han de declarar, ni á éstos se les puede privar de su libertad de transitar y moverse como lo tengan á bien.

En cuanto á que los interrogatorios no contengan preguntas que no tiendan directamente á calificar la acción del actor ó la excepción del demandado, como es delicado el penetrar las tendencias de las partes en su plan de defensa, no debe el Juez poner obstáculos, y ha de limitarse á usar de la facultad que le dá al Juez el artículo 302, de desechar lo *manifiestamente impertinente ó ilegal.*

Declaración de las partes. Dentro de la tercera audiencia después de la promoción cada parte debe expresar claramente si contradice los hechos que con los interrogatorios trata de probar su contrario, ó si conviene en alguno ó algunos de esos hechos que debe determinar con claridad: medida que tiene por objeto poner al Juez en capacidad de fijar con precisión los hechos en que están de acuerdo y los en que están divergentes las partes, á [illegible] de que la prueba verse solamente sobre estos. Pero si alguna de aquellas [illegible] nitiere el cumplimiento de tal formalidad, su silencio se toma por co[illegible] radicción á todo. Es esto lo más racional, en punto tan delicado, en [illegible] un descuido podría traer gran perjuicio, si la interpretación fuese ot[illegible]

Inadmisión de prueba. Si no hay interrogatorios, esto es, si no [illegible] ue-bas de testigos, el Juez dentro de la misma tercera audiencia des[illegible] la

promoción, debe providenciar los escritos de prueba, admitiendo todas las procedentes y legales, y desechando las que aparezcan *manifiestamente* impertinentes. La condición que exige la ley es clara, y no debe olvidarse, esto es, que para desechar alguna prueba es preciso que aparezca *manifiestamente impertinente* ó ilegal; lo cual quiere decir que si hay duda, que si no es manifiesta la impertinencia ó ilegalidad, el Juez debe admitir la prueba. La fórmula que se usa, «*admítese cuanto ha lugar en derecho*», es la más prudente; porque no se expone el Tribunal á dejar á la parte sin una prueba que acaso crea de gran importancia, y que si en definitiva resultare ser inútil ó ilegal, se puede entonces dejar de apreciar, y así se ha evitado el incurrir en el vicio radical de indefensión.

Providencias del Juez. Tiene cuidado el legislador de expresar que si se ha promovido prueba de testigos, como las tres primeras audiencias después de la promoción, son destinadas á la manifestación de las partes sobre contradecir ó admitir los hechos, el término dentro del cual debe el Juez providenciar las pruebas, que es también de tres audiencias, no corre entonces sino después de pasados aquellos tres primeros, como es natural; y hace el artículo tres advertencias importantes, que son: 1ª seguir la regla que queda establecida para desechar las pruebas, que aparezcan manifiestamente impertinentes ó ilegales, regla que la ley de Partidas formula así: no permitir que las partes despiendan su tiempo en vano, en probando cosas, que probadas, non la apronvecharían: 2ª tener presente las disposiciones del Código Civil sobre admisibilidad de la prueba, con lo cual se busca la legalidad; y 3ª ordenar que se omitan las declaraciones sobre aquellos puntos en que aparezcan claramente convenidas las partes, porque serían inútiles. Y oportuno nos parece recordar esas disposiciones del Código Civil á que alude el artículo, de las cuales las principales son: que para probar el estado civil, los medios naturales son las partidas del registro respectivo, y que solo admiten testigos para suplirlas en los casos expresamente exceptuados en dicho Código; que no se puede hacer inquisición sobre paternidad natural, y que esta no puede probarse, por tanto, sino con los documentos que el citado Código expresa; que no es admisible prueba testimonial para probar la existencia ó extinción de una obligación proveniente de una convención celebrada, cuando el objeto excede de dos mil bolívares, sino en los casos expresamente determinados por la ley; que es inadmisible prueba de testigos para contrariar ó modificar la convención contenida en instrumento público ó privado, ni para justificar lo que se hubiere dicho antes, al tiempo, ó después de su otorgamiento, aunque se trate en ellos de un valor de menos de dos mil bolívares; que las presunciones *juris et de jure*, ó mejor dicho legales, no admiten prueba en contrario en los casos á que se refiere el artículo 1327 del indicado Código; y que la confesión extrajudicial no puede probarse por testigos, según el 1332, sino en los casos en que la ley admite esta prueba.

Nótese que los Códigos no hacen referencia á las disposiciones sobre estampillas, ni á los de la ley de monedas, respecto de los documentos que hayan de servir de prueba de los contratos en los juicios. En virtud de la libertad de contratar, la ley entre las partes es el contrato mismo, cuya validez y eficacia no dependen de leyes extrañas sino de las establecidas en los Códigos. Los buenos principios de legislación no permiten que para asegurar el pago de un impuesto, ordinariamente insignificante, se sacrifiquen los derechos de las partes, que son una verdadera propiedad, garantizada por la Constitución nacional. Sean cuales fueren las disposiciones de las leyes de estampillas, de el sellado y de moneda en todo lo que es materia de nuestros Códigos, los tribunales tienen que someterse á estos; con tanta más razón, cuanto que á las disposiciones inconsultas no hacen otra cosa que favorecer la mala fé, sacando á los engañados y burlados. En hora buena que tampoco se deje sacar la renta, para lo cual basta la imposición de la pena pecuniaria en que incurra todo el que trate de eludir el pago del impuesto.

Deberes del Juez. El artículo 303 contiene las disposiciones conducentes á asegurar á las partes el derecho de hacer sus pruebas. El Juez debe providenciar los escritos de promoción dentro de los términos que quedan señalados, so pena de que, conforme el artículo 37, se le imponga una multa de cien á mil bolívares; y si no hubiere discusión entre las partes sobre la admisión de alguna prueba, aquellas tienen el derecho de que se proceda á la evacuación de las promovidas, aun sin providencia de admisión. Si existiere aquella discusión, no podrá prescindirse de tal providencia; pero el Juez incurre en aquella multa por cada día que la retarde.

Como se cuenta el término. Explica el artículo 304 lo relativo al término de la evacuación de las pruebas, que fija en veinte días de audiencia, los cuales empiezan á correr desde que las pruebas han sido admitidas ó se han de tener por admitidas, y que corren de seguida sí las pruebas se evacuan en el mismo lugar del juicio, y caso de tener que hacerse algunas fuera del lugar, se cuentan entonces, primero el término de distancia de ida, luego las dichas veinte audiencias ó las que de ellas falten, y en fin el término de distancia de vuelta.

Pero conviene advertir que ese modo de contar sólo se refiere á las pruebas que hayan de hacerse fuera del lugar del juicio, y limitado respectivamente á cada uno de esos lugares, de suerte que á cada cual se hace su cuenta especial, para que toda prueba quede hecha dentro de su correspondiente término, y nó fuera de él; por más que otras pruebas estén gozando de términos más largos.

Conviene también tener presente que los días de audiencia para la evacuación, se cuentan, respectivamente por las audiencias que corran en el Tribunal, comitente ó comisionado, donde esté el expediente, mientras esté allí.

Y conviene en fin recordar que el término de distancia se cuenta por días hábiles contínuos, y no por días de audiencia.

Apelaciones. Finalmente el artículo 305 declara que de toda negativa de prueba ha lugar á apelación en ambos efectos, y de la admisión sólo en un efecto, salvo cualquiera otra disposición especial de la ley. Opinan algunos autores que en rigor ambos casos son iguales, porque tan injusto es admitir una prueba que no es admisible, como desechar una que no debe desecharse. Así es; pero la diferencia que hace la ley se funda en el gravamen de la decisión, en un caso irreparable por definitiva porque ha quedado indefensa la parte al haberle negado una prueba admisible, y en el otro reparable en definitiva, con solo desechar la prueba que se admitió indebidamente y hasta con imposición de las costas en cuanto á ella.

SECCION 3ª

De la confesión

Art. 306. El que sea parte en el juicio estará obligado á contestar, bajo juramento, las posiciones que le haga la co ia sobre hechos pertinentes de que tenga conocimiento. Es o-siciones solo podrán tener lugar desde el día de la litis-contesta n, despues de ésta, hasta el momento de comenzar los inform de las partes para sentencia.

Art. 307. El apoderado estará obligado á contestar po es

que versen sobre hechos que le consten y que estén relacionados con el pleito, á menos que sean de aquellos respecto de los cuáles esté obligado á guardar secreto.

Art. 308. Se tendrá por confesa en las posiciones que la parte contraria haga legalmente á presencia del Tribunal, la que se negare á contestestarlas, la que citada para absoberlas no comparezca con motivo legítimo, ó la que se perjure al contestarlas, respecto de los hechos á que se refiere el perjurio.

Art. 309. Tanto la pregunta como la contestación deberán ser verbales.

El acta en que se extiendan las posiciones será firmada por el Juez, el Secretario y las partes. Si alguna de las partes no supiere ó no pudiere firmar, asi se expresrá en el acta.

Art. 310. La posición deberá hacerse en forma asertiva.

Art. 311. La contestación debe ser directa y categórica, confesando ó negando la parte cada posición. Se tendrá por confesa aquella que no responda de una manera terminante; pero cuando la posición versare sobre el tenor de documentos públicos que existan, la contestación puede referírse á ellos.

Si se tratare de hechos que hayan trascurrido mucho tiempo antes, ó que por su naturaleza sean tales que es probable el olvido, el Juez estimará las circunstancias, si la parte no diere una contestación categórica.

Art. 312. El absolvente no podrá leer ningun papel para dar su contestación, á no ser que se trate de cantidades ú otros asuntos complicados, á juicio del Tribunal, caso en que se le permitirá consultar sus apuntes y papeles, dándosele para ello tiempo, si fuere necesario.

Art. 313. La citación para absorver posiciones deberá hacerse personalmente para el día y hora que se designe, y aquéllas en ningun caso detendrán el curso de la causa.

Art. 314. En caso de ausencia de la parte del lugar del juicio, el Tribunal comisionará á otro Juez ó tribunal de la jurisdicción en que aquélla se encuentre; para que ante él tengan lugar las posiciones. En caso de impedimento legítimo del absolvente podrá comisionar con el mismo fin.

ESTUDIO 95.

ANTECEDENTES.

RECHO PATRIO.—El artículo 306 es el 209 del Código de 80 y 205 de 73: El 307 es el 210 de aquél y 206 de éste: el 308 es el 211 de [illegible] 73: el 309 es el 212, del primero y 208 del segundo; y los 310, 311,

312, 313, y 314, son respectivamente los 213, 214, 215, 216 y 217 del de 80 y 209, 210, 211 y 212 del de 73. Su materia en lo principal viene de los artículos 7, 8, 9, 10 y 11 de la Ley IV Título I del Código de 38, que han venido perfeccionando aquellos otros Códigos, con supresiones y adiciones oportunas.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 1ª Tít. 13 Part. 3ª* «Conocencia es respuesta de otorgamiento que face la una parte á la otra en juizio. E puedela fazer todo ome que fuere de edad de veinte e cinco años, ó su personero ó bocero á quien fuesse otorgado poderío dela fazer, Pero si el personero otorgasse alguna cosa en juizio estando su dueño delante, e contradiciéndolo luego, non le deve empecer. Mas si él non estuviesse delante, quando su personero fisiesse la conocencia, si después la quisiere revocar, non lo puede fazer; fieras ende si dixere que quería provar que el personero fizo la conocencia por yerro ó por engaño, e que la verdad es de otra guisa que él non conoció; ca provando . . . . . Otrosi dezimos, que conocencia que fisiesse en juizio huérfano menor de catorce años, non seyendo su guardador delante, que non le deve empecer . . . . . Essa misma merced decimos que pueden facer á todos los otros que son menores de veinte é cinco años, que estuvieren ellos é sus bienes en poderío de otro; é aun los que fuessen mayores, seyendo locos ó desmemoriados ó desgastadores de lo suyo, si sus guardadores conociessen alguna cosa en juizio que se tornare á grand daño dellos. *Ley 2 y 4 tit. 9 lib. 11. Nov. Recop.*»

La misma *ley 3ª tit. 13 Part. 3ª* «Otrosi decimos que seyendo alguno preguntado del judgador sobre cosa que pertenezca al pleyto, si fuere rebelde no queriendo responder á la pregunta, que tanto le empece aquella rebeldía de no querer responder, como si otorgasse aquella cosa sobre que el preguntaron. Esso mismo dexímos que deve ser guardado de aquel á quien fisiesen la pregunta si respondiere escuramiente, de guisa que non puedan ser ciertos por su respuesta de apuello quel preguntaren.»

La misma *ley 3ª Tit. 13 Part. 3ª* . . . «Pero queremos aquí decir de como los que son preguntados en juizio deven responder de cierto á las preguntas que les fazen, otorgando ó negando llanamente las cosas sobre que les preguntan. E si por aventura el preguntado dixere que dubda e demandare plazo por acordarse, porque pueda mas cierto responder; si esto pixere él por sí, e non por consejo de su abogado, deve el judgador otorgarle el plazo para poderse acordar de como responda. Mas si él queriendo luego responder, su abogado le metiesse á esto, que demandase plazo, non le deve ser cabido; porque sospechamos que el abogado quería dar en poridad consejo á la parte, que responda del guissa que non le empezca, e que la verdad se encubra: e por ende deve ser avisado el judgador que mientras se fizieren las preguntas á las partes non debe estar y el abogado de aquel á quien faze la pregunta.»

Ley 2ª Tit. 9 lib 11 Nov. Recop. . . . «Y por evitar los perjurios que muchas veces se cometen en las respuestas que se dan á las posiciones, mandamos, que si después el respondiente fuere convencido claramente del perjurio por los autos del proceso, de manera que parezca que á sabiendas se perjuró en la respuesta que dió, que allende de las otras penas, si fuere el actor, pierde la causa, y si fuere el reo sea habido por confeso.»

La misma *ley 2ª Tit. 9 lib. 11 Nov. Recop.* «Mandamos que uno de [illegible]
dores ante quien la causa pendiere ó otro Juez ante el escribano
causa, secreta y apartadamente, en presencia del Juez, sin dar traslado
término para deliberar, y sin consejo de letrado, sin que lo haya de mar
una, dos ó tres veces, la parte que estuviere presente responda so j
mento á las posiciones que por la otra parte le fueren puestas, sin con
de letrado; y si estuviere ausente su procurador con poder especial, que
tuviere bien instruido e informado, responda so juramento á cada una d

posiciones que le fueren puestas por escrito, confesándolo ó negándolo simplemente y sin cautela y no por palabras de *creo ó no creo*; so pena de quedar confeso en el artículo ó posición del actor ó del reo que no quisiere responder negando ó confesando, como dicho es; y so las otras penas que pareciere y bien visto fuere de poner á los de nuestro Concejo . . . y si la posición tuviere dos ó tres ó más partes, que el que jurare sea obligado á responder á cada una parte de la posición apartadamente lo que de ella sabe; y que no pueda responder diciendo, *niégolo como en ella se contiene, ó según la pone*; y que si así no respondiere que por cualquier parte á que no respondiere por la manera que dicho es, sea habido por confieso en la parte de la dicha posición á que así no respondiere; y que de este mandamiento ó imposición de la pena . . . no haya apelación ni suplicación, ni otro remedio ni recurso alguno.»

Ley 3ª Tit. 9 lib. 11 Nov. Recop. «Si el actor ó el reo pidieren que se les dé cartas para las justicias donde la parte ausente estuviere, para que apremien al reo á que jure y responda de palabra á las posiciones que le fueren puestas, ó quisieren llevar receptor para que se haga así, que se dé carta al uno ó al otro que lo pidiere, con término convenible, y so la pena contenida en la ley precedente.»

DERECHO ROMANO.—«Confesus pro judicato est, qui quodan modo sententia damnatur. Ley 1º Tit. 2º Lib. X L. II D *de confessis.*»

«Certum confessus pro judicato erit; incertum non erit. Ley 6ª idem.»

«Sed an ipsos procuratores vel tutores vel curatores fateri sufficiat, videamus. E non puto sufficere. Ley 6ª § 4 idem.»

«Non omnimodo confessus condenari debet rei nomine quae an in rerum natura esset incertum sit.»

Textos que dicen:

La confesión se tiene por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; por que al que confieza en algún modo se le condena por su propia sentencia.

El que confesó que debía alguna cosa cierta se tendrá como si hubiera sido condenado; pero si confesó que debía cosa incierta, no estará obligado.

Pero hemos de ver si basta que confiesen los mismos procuradores, tutores ó curadores; y juzgamos que nó.

El que confesó no debe ser condenado absolutamente respecto de la cosa cuya existencia es incierta.

EXPLICACIONES

Después de explicar el Código en la sección anterior los medios de prueba utilizables en los juicios, entra ahora á ocuparse en cada uno de ellos, para reglar la manera como han de evacuarse, ya que el Código Civil fija su fuerza de convicción y guía el criterio de los jueces para apre- [illegible] mérito.

[illegible] *es confesión?* La primera prueba de que trata es la de confesión, [illegible] leyes españolas llamaron *conocencia*, y que es, la declaración ó reco- [illegible] miento que una parte hace en el juicio de los hechos litigiosos alega- [illegible] por la contraria. Es hasta cierto punto la primera de las pruebas, por- [illegible] nada más eficaz y poderoso para fundamentos de una sentencia, que el [illegible] confesado por las partes como verdad en el asunto. De ahí el afo- [illegible] que *confesión de parte releva de prueba.*

La disposición que hemos dado corresponde á la confesión judicial, que es á la que se refiere la Sección que estudiamos; y no á la confesión extrajudicial, cuya comprobación en juicio, constituiría, en rigor, otra prueba concurrente con la confesión misma. La confesión judicial, como se comprende bien, puede ser voluntaria ó expontánea, conviniendo una parte en un escrito en otro acto suyo, en alguno ó algunos de los hechos controvertidos; ó bien obligada por el deber que impone la ley á la parte, de absolver las posiciones que le haga la contraria, ó sea, de contestar á las preguntas que en forma asertiva le haga su adversaria. Por eso el artículo 306 preceptúa que el que sea parte en el juicio estará obligado á contestar bajo juramento las posiciones que le haga la contraria. El litigante, pues, que quiera usar de esta especie de prueba ha de pedir al Juez que haga comparecer á la otra parte, para que absuelva las posiciones que le haga; y el Juez tendrá el deber de acordarlo.

Favor de la ley y porqué. La ley favorece esta especie de pruebas, pues que permite usarla desde el día de la contestación, después de ella, hasta el día de comenzar los últimos informes para sentencia; sin duda por la importancia que reviste y la facilidad de evacuarla. Pero por lo delicada que es, se precave también la ley contra todo lo que tienda á alterar la verdad de lo que se confiese, ó que conspire á que se le oculte ó disfrace. Por tal motivo las leyes españolas desconfiaban de la presencia del abogado del absolvente, y las nuestras del Código de 38, época en que aun regian aquellas en el país, obligaban al Juez á llevar de su puño y letra un duplicado de las preguntas y de las respuestas. Pero nuestros adelantos en todos los ramos de la legislación, las reglas de la Orden de los abogados que les impone la mayor circunspección y la más estricta buena fé, y las mismas leyes orgánicas modernas que tienden á hacer de la Magistratura una institución digna y bienhechora, han permitido modificar aquellos signos de desconfianza, y perfeccionar el procedimiento en los actos de posiciones. A la imparcialidad, ilustración y prudencia del Juez confía hoy la ley la buena dirección y celo de un acto tan importante.

Petición en el libelo. En vista de que la ley, permite las posiciones desde el acto de contestación, es frecuente que en el libelo mismo se pida que el demandado concurra personalmente á absolver las que se le hagan, y también que el citado, á su vez, pida oportunamente que el actor asista personalmente con el mismo fin. Correcta es tal práctica, y los jueces acceden á lo pedido, siempre que quien ha de absolver las posiciones se encuentre en la misma localidad, pues, como veremos, no puede obligársele á venir de otro lugar, en que esté.

Cuestión que puede surgir. Y suele acontecer que se promueva disputa cuando se han acordado las posiciones para el acto de contestación, si en lugar de darse esta al fondo de la demanda, opone alguna excepción previa ó dilatoria, sobre sí debe ó nó tener lugar el acto de posiciones. La razón de la ley para no permitir esta prueba antes de la contestación, es que aun no se sabe si habrá pleito y necesidad de pruebas mientras la demanda no haya sido contradicha. Si esto no ha sucedido, la discusión no puede versar entonces sino sobre la excepción opuesta, para la cual no han podido pedirse las posiciones por no conocerla todavía. Sobre el fondo, claro es que no puede haberlas; pero si la parte absolvente ha concurrido,, y quien las pidió manifiesta quererlas hacer respecto de algún hecho fundamento de la excepción, no podría negársele, limitándolas á ese hecho sin permitir extenderse á puntos de fondo.

Otra cuestión sobre la citación para posición. Y ha habido quien s... que si fué citada una parte para absolver las posiciones en el acto de la testación, aunque no hayan tenido lugar entonces para haberse opuesto ex ciones previas ó delatorias, está vigente el deber del citado de concurrir pe nalmente con tal fin, cuando llegue el momento de contestar el fondo de la manda, desechadas tales excepciones. Incorrecta nos parece la pretensión

que las posiciones son un acto tan personalísimo que requiere citación especial para día determinado, fijo. Las excepciones opuestas deben contestarse, sustanciarse y decidirse, hasta puede haber apelación que lleve el proceso á los tribunales superiores; lo cual hace problemático el acto de contestación al fondo, y enteramente indefinido el momento de esta, si llega á tener lugar según el fallo de las excepciones. Basta considerar que no es posible imponer á una parte una detención forzosa en el lugar del juicio, esperando el resultado de aquellas.

La primera citación quedó, por tanto, perdida, y se requiere una nueva para llenar el precepto del artículo 313, que exige citación personal *para el día y hora que se designe.*

Juramento. Y ese género de confesión á que se refiere la ley no solo es judicial, sino tambien jurada, pues el artículo dice, *á contestar bajo juramento.* Ha querido darse esa garantía más de verdad, apelando al juramento del absolvente, que estimula su conciencia con el deber religioso de no faltar á la verdad.

Que partes deben absolver posiciones. Cuando dice la ley *el que sea parte en* EL JUICIO *estará obligado á absolver las posiciones . . . .*, ha de entenderse que se refiere á las personas capaces de estar en juicio, nó á los menores, entredichos ó inhabilitados, ni á las mugeres casadas no divorciadas, pues todos estos deben ser representados en juicio por sus respectivos tutores, curadores y maridos, por carecer de personalidad jurídica para ello. No obstante, la muger casada separada legalmente, ó que, aun no estándolo, entre ella misma á litigar por si ó por procurador con la autorización de su marido, ó litiga en cualquiera de los casos en que la ley la faculta para hacerlo sin esa licencia, debe á nuestro juicio, absolver las posiciones que le pida la parte contraria; por ser ella misma parte legítima desde que la ley la autoriza para estar en juicio en tales casos. Y como el derecho y el deber son correlativos entre las dos partes respecto del mismo juicio en que ellas lo son, no puede extenderse á algun otro en que no lo sean, por más que concurra en el propio expediente, como sucede en un juicio incidental de saneamento, en que el citado no se hizo parte en el juicio principal, y se limitó á contradecir su obligación de sanear. Entonces no puede haber obligación recíproca de absolver posiciones entre el actor principal y ese citado de saneamento, porque no son partes de un mismo juicio, sino solo entre el que citó de saneamento y su citado, que son las únicas partes en ese juicio incidental.

Cuestión entre los Maestros. Por lo mismo que se trata de una prueba entre partes de un mismo juicio, ha sido cuestión extensamente debatida entre los autores franceses, si la confesión judicial hecha en un proceso, puede ser invocada como tal en otro proceso entre las mismas partes, estando de acuerdo en que puede serlo cuando este segundo proceso sea con un tercero.

Establecen la negativa *Aubry et Rau*, citando á *Merlin*, *Rauter*, *Mühlenbruch*, *Tullier*, *Delarombier*, á los que agregamos nosotros, á *Demolombe*, *La Cantinerie*, y *Beuf* que cita decisiones recientes de la Corte de Casación. Todos estos se fundan en que en el segundo proceso no se trata de saber si la confesión invocada contiene ó nó la verdad, sino si la confesión judicial hecha en el primero, debe tenerse tambien como judicial en el segundo, sinembargo o haber sido hecha en este; y en que la fuerza probante es relativa, y la sión en el primer proceso se asimila á la cosa juzgada y puede traducirse sentencia que se ha dado la parte misma en ese juicio; efectos que por a han de limitarse á ese juicio, sin poder judicialmente extenderlos á otro o. La dicha confesión, en tal caso, no valdrá en el segundo proceso sino confesión extrajudicial, que apreciará debidamente el Juez, atendido el to que resulte de todo el nuevo juicio, en el cual pudiera suceder, como rva *Tullier*, que se demostrase la falsedad ó inexactitud de lo que sirvió de mento para decidir el primero.

Sostienen la afirmativa, dándole la misma fuerza de confesión judicial en el segundo proceso, *Marcadé*, *Baroche* y *Bonier*, citados por *Aubry* et *Rau*, á los que agregamos nosotros á *Laurent*, que cita tambien una decisión de la Corte de Casación. Fúndanse estos autores, principalmente, en que la verdad es una, y por tánto, el mismo hecho no puede ser verdadero en el primer proceso, y falso en el segundo. Para estos escritores la cuestión no es de rigorismo jurídico, sino de moral y de honradez.

Como se ve, el pro y el contra están sostenidos por autoridades de gran peso; y pueden verse en sus obras, citadas por *Aubry et Rau*, las argumentaciones aducidas más extensamente en apoyo de sus respectivas opiniones. Nosotros consideramos más jurídicas y más convenientes las razones de *Demolombe* y de los demás que sostienen la negativa, y nos decidimos por considerar la confesión traída al segundo proceso, solo como extrajudicial, apreciable por el Juez. De los autores italianos que hemos consultado *Mazzoni* en sus instituciones dice que la cuestión no tiene importancia desde que el Código Civil italiano dá á la confesión extrajudicial la misma fuerza que á la judicial, cuando es hecha á la parte contraria ó su representante, que es lo mismo que dispone nuestro art. 1.331; mientras que *Borsari* parece inclinarse á la opinión de *Merlin*, sobre todo cuando no haya íntima relación entre la materia de los dos procesos.

Qué posiciones deben contestarse. Volviendo á nuestro artículo, él no obliga al absolvente á contestar toda posición, cualquiera que sea; pues que agrega, *sobre hechos pertinentes de que tenga conocimiento.* Quiere eso decir, en primer lugar, que la posición debe versar sobre algun hecho, de suerte que no pueden preguntarse creencias, ni opiniones, ni puntos de derecho, ni cuestiones abstractas, de cualquier género. En segundo lugar que el hecho sobre que verse la posición sea pertinente, relativo al asunto de que se trata, y nó extraño, ó ajeno de la cuestión ventilada y de suerte que pueda contribuir al esclarecimiento de la verdad en lo controvertido. Y en tercer lugar, que el hecho sobre que se pregunta sea de alguna manera del conocimiento del absolvente, bien por haber intervenido en él, bien por que le conste ó lo sepa de algún modo. El absolvente, por sí ó por su apoderado ó defensor, puede por tanto, reclamar la posición á que falte algunas de esas condiciones legales; y el Juez debe declararla inadmisible, oídas brevemente las partes, si lo tiene á bien; pero cuidando mucho si se alega ser impertinente, de no exponerse á desechar una pregunta cuya importancia en el debate se le oculta á primera vista, y que la tenga realmente, para no dañar el interés del preguntante á quien puede importarle no diafanizar demasido su plan de defensa. En caso de no ser manifiesta la impertinencia, ó haber alguna duda, debe ser admitida la posición. Si lo que se alegue fuere no versar sobre hechos, ó no ser personal ó de conocimiento de la parte, el buen criterio del Juez, atendido el contexto de la pregunta, bastará para resolver con acierto.

Posiciones al apoderado. En cuanto á los apoderados de las partes, tambien les obliga la ley á contestar posiciones, siempre que *versen sobre hechos que le consten* y que estén relacionados con el pleito; con tal que no sean de aquellos respecto de los cuales tiene que guardar secreto. Deben, por tanto, los hechos ser pertinentes, constarle al absolvente, y no ser de esos exceptuados. La primera condición es la misma que hemos explicado cuando el absolvente es la propia parte; la segunda es más limitada, pues ha de *constarle* el hec preguntado, que es cosa diferente de tener conocimiento de él; y la tercera referente á las revelaciones é instrucciones privadas de su cliente, asi co los planes de defensa, que interesan á esta, las cuales no debe ni direct indirectamente llevar á conocimiento de su adversario, como lo exige la lea

Y no hay para que decir, por ser obvio, que el abogado que no poder, sino que limita su oficio á dirigir la defensa, asistir á una parte, y informes, no está comprendido entre los obligados á absolver posicione

Otro representante. Nada especial dice la ley respecto de aquellas personas que tienen representación legal, en el juicio, como tutores, curadores, maridos y defensores de ausente. Para nosotros están en el mismo caso de los apoderados, y tienen igual deber que estos en cuanto á posiciones, por obrar para con ellos la misma razón de la ley. Sólo exceptuamos los representantes fiscales, á quienes disposiciones especiales obligan solo á evacuar informes escritos.

Procedimiento respecto de la mujer honesta. Y no solo impone la ley á las partes y á sus representantes el deber de contestar posiciones, sino el de concurrir al Tribunal para ello, cuando han sido citados con tal fin: de esta asistencia, como vimos atrás, está exceptuada la mujer honesta; y acostumbran los jueces entonces acordar la constitución del Tribunal en la morada de la absolvente, á quien se previene en la boleta de citación, aguardar allí al Tribunal ó la hora del día fijado.

Absolvente que no comparece. Dice el artículo 308 que se tendrá por confesa en las posiciones que la parte contraria haga á presencia del Tribunal, á la que citada para absolverlas no comparezca sin motivo legítimo. Expliquemos esto.

Puede el citado tener impedimento legítimo para concurrir á absolver las posiciones, como enfermedad, perturbación del orden público, lluvias torrenciales, crecidos, ú otros hechos de fuerza mayor. No compareciendo, el que ha de tomarlos puede pedir al Tribunal que se estampen las que dictare en el acto, y el Tribunal habrá de acordarlo, si nada se alega en contrario. Pero si el representante del ausente presentare prueba suficiente del impedimento, el Tribunal debe declarar diferido el acto. Si lo alega, y ofrece presentar la prueba por no haber habido tiempo para prepararla, el interrogante manifestará si insiste ó nó en que se estampen sus posiciones: en el primer caso, se mandarán á estampar, pero quedará reservado el admitir la prueba ofrecida para juzgar de la legitimidad de la escusa y de sus consecuencias legales; y en el segundo, el acto quedará diferido. Si lo que se alegare fuere sólo impedimento, por enfermedad, de salir á la calle, y estar dispuesto el absolvente á contestar en su morada, el Tribunal puede acordarlo así. En todos estos casos el Tribunal fija un breve término para oír á las partes y recibir sus recaudos, y decide de plano si han de estamparse ó nó las posiciones. Si se estamparen oirá también las reclamaciones sobre admisibilidad de cualquiera de ellas; y las apelaciones que se interpusieren no se admitirán sino en un sólo efecto.

Negativa á contestar. Es evidente que tanto en el caso de inasistencia del absolvente como en los de negativa á contestar y de perjurio en que incurra, la declaratoria de confeso no puede hacerse entonces, sino que ha de quedar reservada para cuando se vea la causa y deban estimarse las pruebas. La ley no puede autorizar al Juez para avanzar opinión sobre un punto de ese género, que pudiera dar motivo á una recusación; ni es posible que ella permitiese que se comisionasé á otro Juez, para las posiciones, si estuviese en su espíritu que la tal declaratoria de confeso se hiciere en el acto, pues que resultaría el absurdo de que quien carece de jurisdicción de la causa, librase semejante declaratorias.

Acto de posiciones. Los artículos 309 á 312 detallan el procedimiento en el ıe las posiciones, diciendo: que deben ser verbales tanto las preguntas ı las respuestas: que aquellas deben hacerse en forma asertiva (*como es cierımo es verdad*): que la contestación debe ser directa y categórica confesando ;gando cada posición: que si esta versare sobre el tenor de documentos icos que existan, la respuesta puede referirse á ellos; que si se tratare de ıos trascurridos mucho tiempo antes, ó sean tales por su naturaleza que posible el olvido, el Juez estime las circunstancias, si no se diere contesın categórica, esto es, que según aquellos declare estar ó nó suficientemen- 'estada con la respuesta dada; y que el absolvente no pueda leer

ningún papel para contestar, á no ser que se trate de cantidades ó asuntos complicados, á juicio de Tribunal, caso en que se le permitirá consultar sus apuntes y papeles, dándole si fuere necesario, tiempo suficiente.

Para cumplir todo esto, la ley confía en la prudencia é imparcialidad del Juez. Su misión es siempre la de poner en claro la verdad, por lo cual no debe contribuir ni á que el absolvente la oculte ó tergiverse ó evada confesarla maliciosamente, ni á que se exploten su ignorancia, su candidez, su perturbación, haciéndole aparecer confesando inconscientemente lo que no está en su ánimo decir. Por eso el Juez está llamado á hacer que el preguntante explique su pregunta cuando fuere oscura ó confusa, ó cuando el obsolvente manifestare no comprenderla bien, ó confundir unas cosas con otras; ó disponer, que la contestación se dé por partes que señalará, cuando la posición comprendiere varios puntos; á exitar al absolvente á responder claramente precisándole la esencia de la pregunta; á no permitir recriminaciones ni cargos, ni discusiones ni reticencias y digresiones que puedan influir en el falseamiento de la verdad; y á redactarlo todo con precisión, ciñéndose á la sustancia de la contestación, con las explicaciones conducentes que quiera agregar la parte. Bien es que se deje hablar libremente al que contesta, y que se tomen sus palabras textuales en lo que es esencial; pero como la redacción del acto toca al Juez, no debe dar rienda suelta á la verbosidad de aquellas que quieran arrogarse la redacción de sus respuestas, y hacer alarde de ciencia é ilustración. La práctica sana, que no tiene inconvenientes, es decir al absolvente: *conteste usted ciñéndose á lo que se le pregunte.* Dada contestación suficiente, el Juez redacta lo sustancial, y lo hace leer; preguntando á la parte si tiene algo que agregar; y caso de hacerlo, lo redacta también, y lo manda leer. Y entonces oye cualquiera observación sobre omisión ó incorrección de lo redactado, para rectificarlo si ha lugar.

El aparte del artículo 309 dice que el acta de las posiciones la firmen el Juez, el Secretario y las partes, y si alguna de estas no supiere ó no pudiere firmar se haga constar así. Esa acta ha de contener cuanto ha ocurrido, preguntas, respuestas, reclamaciones, resoluciones, plazos que se hayan concedido para consultar apuntes ó papeles, apelaciones etc., etc. En una palabra el acta debe reseñar la historia fiel de lo que ha pasado con todos sus detalles, para que los tribunales que han de fallar puedan apreciar todas las circunstancias y valorar el verdadero mérito de la prueba.

Modificaciones de las respuestas. Preguntan algunos si el absolvente puede alterar ó modificar las respuestas que ha dado, y qué efecto tengan tales modificaciones. Hemos dicho que hecha una posición y contestada, deben leerse la pregunta y la respuesta, antes de pasar á otra posición; y entonces no solo puede el absolvente observar lo que note de incorrección, sino que, á nuestro juicio, puede rectificar cualquier error en que haya incurrido, modificando su contestación. Pero concluido todo, y en disposición de firmar, si alguna parte pide que se agregue algo como rectificación de algún punto, por no creer exacto lo escrito, ó bien si el absolvente pretendiere alguna agregación que altere ó modifique algunas de sus respuestas, justo es que se escriba la observación ó la exigencia; pero el Tribunal no puede alterar lo escrito, y debe limitarse á certificar lo que haya ocurrido respecto del punto en que se acusa la incorrección, y á certificar si el absolvente se comunicó con su abogado ó patrocinante ó con algún tercero, antes de la exigencia que hace, á fin de que no falte ese dato á los que han de apreciar la prueba.

Espíritu de la ley y prácticas correctas. No nos hemos detenido en ex r
las razones de la ley en los diferentes detalles que contiene el procedimi o
que pauta, porque todo obedece al espíritu de buscar la verdad, y nada s
que la verdad, alejando cuanto pueda contribuir á que se la oculte, ó cu o
conspire á hacerla sustituir con la mentira ó el error. La verdad franca, r
cienzuda, es la que se busca, sin sutilezas ni engaños; para lo cual desco l

legislador en la rectitud é imparcialidad y prudencia del Juez, á quien encomienda el importante papel que le atribuye, en esa lucha de tan encontrados intereses de las partes.

Por eso encontramos inaceptable la práctica de permitir el Juez que el absolvente ó su representante cuando tenga que hacer una reclamación redacte su exposición sobre el punto, y el contrario conteste con otra. La reclamación debe limitarse á exponer sintéticamente el motivo: *por ser impertinente la posición; por no ser personal; por ser capciosa, etc.*, y nada más. El Juez decide que se conteste ó nó; y si se apela, oye la apelación en un solo efecto. Nada de discusiones, nada de discursos.

Reclamaciones al comitente. Repetimos que las alzadas se oyen en un solo efecto, ó se niegan si son sobre decisiones de mera sustanciación. Si es el Juez de la causa el que actua en las posiciones puede proveer aquellas desde luego: si es un comisionado, se limita á poner constancia de la apelación continuando el acto hasta terminarlo para dejar cumplida su comisión: el comitente resuelve luego las reclamaciones contra las decisiones del comisionado.

Fijación de día y hora. El artículo 213 dispone que la citación para posiciones se haga personalmente para el día y hora que se designe; y declara que en ningún caso detendrán el curso de la causa. Lo primero es una de las excepciones de la regla general, de que la citación para la litis-contestación hace innecesaria toda otra á la parte, salvo disposiciones especiales; y corrobora el principio de que el acto es personalismo. Y esto cierra la puerta á toda cuestión de si pueden absolverse posiciones por medio de apoderado con poder especial con instrucciones suficientes, como se discutió en otro tiempo; y nos exime de entrar en razonamiento para demostrar lo incorrecto de la pretensión de sustituir la confesión personal, fiada á la conciencia y creencias religiosas de la parte misma, con una declaración por boca ajena.

No interrumpen el curso de la causa. La segunda parte del artículo es de gran importancia para que, so pretexto de posiciones, que tienen los privilegios de poderse repetir cuantas veces se crean necesarias, y de poder efectuarse desde el mismo acto de la contestación de la demanda hasta el momento de los últimos informes para sentencia definitiva, puedan interrumpirse las demás pruebas y el curso de la causa. Si así no fuera, fácil sería á una parte maliciosa, obstaculizar las pruebas de su contrario. Recordamos que muchos años hace por haberse pedido posiciones al demandado para el acto de contestación, se fué difiriendo este por más de un mes para no interrumpir las posiciones; y fué necesaria una apelación á la Corte Superior, que decidió que las posiciones debieron y debían suspenderse, para que tuviera lugar el acto de contestación, y continuarse después, si se quería.

Comisión para posiciones. El artículo 314, último de la Sección, dispone que caso de ausencia de la parte del lugar del juicio, se comisione para las posiciones á otro Juez ó Tribunal de la jurisdicción donde aquella se encuentre, y en el de impedimento legítimo del absolvente, pueda hacerse lo mismo. Estos preceptos justifican lo que dejamos dicho ya, sobre que no puede obligarse á una parte ausente á venir á absolver posiciones ante el Juez de la causa, ni aun pidiéndolo en el mismo libelo; y sobre caso de enfermedad del absolvente que no le impide sino salir á la calle, y no absolver las posiciones en su propia morada. El derecho de una parte no puede llegar hasta obligar á su contraria á estar haciendo los viajes que ella quiere, con daño de sus intereses y quizas de su salud, exponer á un enfermo, al sacrificio de su vida, para asistir á un acto pudiera dejarse para otra oportunidad. A tales extremos no podía presentir el legislador.

SECCION 4ª

Del juramento decisorio

Art. 315. El juramento puede deferirse en cualquier estado ó grado de la causa, en toda especie de juicio civil, con sólo las excepciones que expresa el Código Civil.

El que defiera el juramento debe proponer la fórmula.

Esta debe ser una, breve, clara, precisa y comprensiva del hecho ó hechos, ó del conocimiento de éstos, de que las partes hacen depender la decisión del asunto.

Art. 316. Si la fórmula fuere objetada por parte de aquel á quien se defiere el juramento, el Juez podrá modificarla de manera que se ajuste á lo prescrito en el artículo anterior, en el mismo decreto sobre admisión del juramento.

Ese decreto es apelable en ambos efectos, así en cuanto á la admisión ó nó, como en cuanto á la modificación de la fórmula, de modo que ésta quede definitivamente establecida por la decisión.

Art. 317. El juramento deferido puede ser referido, conformándose á las disposiciones del Código Civil.

Art. 318. Decidida definitivamente la prestación del juramento deferido ó referido, el Juez fijará día y hora para el acto, y ordenará la citación personal del que deba prestarlo, que se hará por los medios preceptuados en este Código.

Art. 319. Si la parte citada no se presenta en el día y hora fijados, se entiende que rehusa prestar el juramento, salvo que justifique impedimento legítimo, en cuyo caso se aplazará el acto para cuando haya cesado el impedimento, fijando siempre el Juez el nuevo día y hora, sin necesidad de nueva citación.

Art. 320. En el acto de la prestación del juramento, la persona que deba prestarlo deberá hacerlo en audiencia pública, observando los ritos de la religión que profese, y circunscribiéndose en su contestación á los términos estríctos de la fórmula establecida, sin razonamiento, objeciones ni digreciones.

Si requerido por el Juez á ceñirse en su contestación á la fórmula, no lo hiciere, se considerará que ha rehusado el juramento para todos los efectos de la ley.

Si el que debe prestar el juramento no lo hiciere por alegar que no profesa ninguna religión, se le admitirá el jurame por su honor y su conciencia; y si no lo prestare se ter como si lo hubiese rehusado para todos los efectos de la

Art. 321. No podrá deferirse el juramento sino dentro término fijado en el artículo 306 para las posiciones.

Art. 322. Prestado el juramento ó rehusado por el que debe prestarlo segun la ley, el Juez procederá á la vista y sentencia de la causa.

Art. 323. Las disposiciones de los artículos de esta Sección se observarán en cuanto sean aplicables al juramento deferido de oficio, en los casos en que lo permite el Código Civil.

ESTUDIO 96.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Como todo lo dispuesto en la Sección que vamos á estudiar fué introducido en la reforma del Código que explicamos, no tenemos antecedentes en ninguno de los Códigos de Procedimiento anteriores, sino sólo lo que sobre la materia establecía el Código Civil de 1873 acá.

DERECHO ESPAÑOL.—Ley 8ª tit. 11 Part. 3ª «Avienense á las vegadas las partes en juizio, que se libre la contienda que es entrellas, por jura. E despues acaesse que la parte que combida con ella á la otra, se arrepiente. E en tal caso como este dezimos, que la parte que combidare con la jura á la otra, que se puede arrepentir si se quiere, ante que la faga su contendor, á quien combida con ella. E desque una vez se arrepintiere, non gela puede después dar. Otrosi dezimos que aquel que es combidado de su contendor con la jura, la puede tornar al otro que gela dio, ante que el la reciba. E devegela tornar en aquella misma manera que la davan á el. Ca después que la oviesse recebido tenudo sería de fazer de dos cosas la una; ó jurar, ó pagar ó quitarse de aquella cosa sobre que era la contienda. E aun dezimos que en aquella manera que fué dada la jura, que esa misma deve jurar aquel á quien la dan. Ca si le dixesse su contendor que jure por Dios, e el otro dixese que jura por su alma ó por las de su fijos, ó desacordaren en otra manera qualquier semejantes destas, non vale; ante dezimos que deve jurar de cabo. Pero si aquel que da la jura á otro dixere que jure por alguna cosa vedada, non vale tal jura, maquer el otro la faga. Mas si alguna de las partes dixese á la otra, que jurasse por su palabra llana, é el otro dixesse juro vos que assi es, ó si fuere la contienda entre Monges . . . bien vale qualquier destas juras, ...»

Ley 5 tit. 11 Part. 3ª «Premia de los judgadores faze á los omes á las vegadas que juren en los pleytos; porque de otra manera non se podría librar la contienda que han entre sí. E esto sería quando el demandador oviesse probado su intención en el pleyto, en razon de la cosa que demandaba por suya, ó de tuerto, ó de engaño que oviesse fecho; e fuesse contienda entre las partes de la valía de aquella cosa ó del apreciamiento del daño que oviesse recebido en razon de tuerto ó del engaño que había probado que le había fecho. Ca en tales casos como estos, é en todos los otros semejantes de ellos, en que las leyes deste nuestro libro dan poderio al judgador de otorgar la jura en razon del apreciamento, á la parte que ha provado; dezimos que la deve dar en esta manera—Catando primeramente que cosa es aquella que el demandador demanda, e que menoscabo recebia que la non puede haber; ca podría ser que en mayor pérdida se le tor- aquella cosa por non la aver, que non valdría si se vendiese comu- nte entre los omes. Esso mismo dezimos que deve catar el Juez en eciamiento del daño que sufrió el demandador, por razon del tuerto ó engaño que provó que le fué fecho. E quando todas estas cosas aviere das, deve el judgador asmar e apreciar aquellas cosas ó el daño que sse venido á la parte, por alguna de las razones que desuso diximos, e cierta quantía fasta quanto jure. E la parte deve jurar que por tanto

non quería aver menos aquella cosa que demandava; ó que aprecia tanto el daño que ricibió por razon de aquel tuerto, ó de aquel engaño, quanto el judgador asmó. E demas dezimos que á otro non debe ser dada esta jura, si non al señor mismo del pleyto»

DERECHO ROMANO.—*Cod. lib. 4º Tit 1º—De reb. creed. et jure jurando.* L. 1ª Causa jurejurando ex concensu utriusque partis, ved adversario inferente, delato et præstito, vel remisso decisa, nec perjurii prætextu retractari potest, nisi specialiter hoc lege excipiatur.

9. Delata conditione jurisjurandi, reus, (si non per actorem quominus de calumnia juret steterit) per judicem solvere vel jurare, nisi referat jusjurandum, necesse habet.

11. Si quis jusjurandum intuerit, et necdum eo præstito postea (ut potesibi allegationibus abundantibus) hoc revocaverit; sancimus nemini licere penitus iterum ad sacramentum recurrere . . . . . , et judices nullo modo eos audiré ad tales iniquitates venientes. Si quis antem sacramentum intulerit, et hoc revocare maluerit: licere quidam ei hoc facere, et alias probationes, si voluerit, præstare: ita tamen, ut hujusmodi licentia usque ad lítis tamtum-modo terminum ei præstetur.

Textos que son traducidos así:

1. Una causa que ha sido decidida por el juramento deferido, de acuerdo de las dos partes, por el adversario ó por el Juez, y que ha sido dado ó remitido, no puede ser renovada so pretexto de perjurio, á menos que sea en caso especial exceptuado por la ley.

9. Si el demandante ha deferido, de acuerdo, el juramento al demandado; si no existe prueba de haberse hecho de mala fé, debe ser forzado por el Juez, ó de pasar por la demanda que le ha sido hecha, ó prestar el juramento, ó de referirlo al demandante.

11. Si alguno habiendo deferido el juramento, se ha desdicho antes de ser prestado, á causa, por ejemplo, de haber descubierto nuevas pruebas, ordenamos que no le sea permitido volver á recurrir al juramento . . . y que los jueces no permitan en manera alguna tal injusticia. Pero si habiendo deferido el juramento, ha creído de verlo revocar, debe permitirle hacerlo y suministrar otras pruebas, pero solo mientras dura la litis . . .

EXPLICACIONES

Qué es el juramento. Juramento es el acto por el cual pone el hombre á Dios por testigo de ser verdad lo que dice, ó de que cumplirá lo que promete. Es, pues, á la vez, un acto civil y religioso.

Divisiones. Prescindiendo de las divisiones del juramento que hacen algunos autores, para atenernos á lo que pueda interesar á la práctica en nuestro derecho, y siguiendo á *Aubry et Rau*, diremos, que el juramento es *judicial* ó prestado en el juicio, ó *extrajudicial* ó prestado fuera del juicio. Llaman los autores juramento *voluntario* al que *motu propio* defiere una parte á la otra para terminar el juicio. Para nosotros, todo juramento judicial es necesario; porque aunque sea voluntaria la propuesta de prestar el deferido, la ley lo hace necesario, para aquel á quien se le [illegible]; lo mismo para aquel á quien se le refiere; así como para el que absu[illegible] iciones, para el testigo, perito y otros.

El juramento judicial es *promisorio ó afirmativo*, según que tiene [illegible]jeto *asegurar* el cumplimiento de lo que se promete, como decir ve[illegible], cumplir fielmente un encargo etc; ó bien se *garantice* con él la sinceri[illegible] de una aserción. El juramento *afirmativo* es, ó *litis-decisorio*, ó *s*[illegible]

aquel es el deferido ó referido por una parte á otra para hacer depender de él la decisión del litigio; y el *supletorio* es el que el Juez de oficio puede deferir al demandante en el caso del artículo 1.348 del Código Civil.

Es acto personal. El juramento debe prestarse siempre personalmente, y no por medio de mandatario, conforme al artículo 1.335 Código Civil; para lo cual dice el 318 del de Procedimiento que debe fijar el Juez día y hora y hacer la citación personal de quien deba prestarlo.

Las leyes del Título y Partida arriba citada determinaban el modo de prestarlo los cristianos, los judíos, moros y otros. Nuestro artículo 320 del Procedimiento se limita á decir que debe ser en audiencia pública, observando los ritos de la religión que se profese; y á aquel que alegare no profesar ninguna religión se le admitirá el juramento por su honor y su conciencia. En la práctica los cristianos juran entre nosotros por Dios y una señal de cruz y en otros países por Dios y los Santos Evangelios: los demás conformándose á los ritos de su religión.

Derecho de deferirse. El artículo 1336 Código Civil, dá á cada parte el derecho de deferir á la otra el juramento para hacer depender de él la decisión del juicio. El 315 del Procedimiento dice que eso puede hacerse en cualquier estado y grado de la causa, en toda especie de juicio civil, con las excepciones expresadas en aquel primero.

Comencemos por examinar las primeras palabras, *cada parte.* Quieren decir que tanto la una como la otra pueden usar del derecho; pero no que sea cual fuere la condición de la parte le sea potestativo ese uso. Todos los autores consideran el juramento decisorio como una especie de transacción, en su esencia; y por lo mismo enseñan que se requiere que la parte tenga la facultad de transigir para poder deferir el juramento, ó lo que es lo mismo, que tenga capacidad de transigir. Ya dijimos, al trarar de la transacción los que pueden celebrarla, y cuando pueden los representantes y apoderados llevarla á cabo. No necesitamos, por tanto, repetirlo aquí; y nos limitaremos á ciertas indicaciones que creemos conducentes.

Cuestiones que ocurren. Es la primera, que es cuestión controvertida saber si las corporaciones, comunidades, administradores de establecimientos públicos pueden prestar el juramento decisorio por medio de mandatario escogido de su seno, opinando *Chauveau sur Carré* que nó, por ser acto de conciencia que no puede imponerse á una persona moral, y *Dalloz* pue pueden prestarlo todos y cada uno de los miembros separadamente. Es la segunda, que una sociedad anónima no puede deferirlo, ni á ella puede serle deferido. Es la tercera, que en una sociedad en nombre colectivo sólo se puede deferir á un socio que esté autorizado para firmar y no á otros. Y es la última, que según opinión de *Rouseau y Laisney* apoyada en la decisión de una Corte francesa, la mujer autorizada para estar en juicio, necesita, sinembargo, autorización judicial para prestar el juramento decisorio. El Juez, á quien toca resolver las solicitudes de las partes, puede en consecuencia de lo dicho, negar el deferimiento del juramento, si alguna de ellas carece de capacidad al efecto.

En que juicios puede deferirse. El juramento decisorio puede deferirse en toda especie de juicio civil, con solo las excepciones que expresa el Có- Civil ¿Cuáles son estas? Según el artículo 1337 no puede deferirse e un hecho que acarree pena que no sea pecuniaria ni se resuelva en niaria, porque tendría el carácter de criminal, en que está prohibido el mento del inculpado: ni sobre una convención para cuya validez exige ey un acto escrito, como la donación, la hipoteca, la transacción; ni contradecir un hecho que un acto público atestigua haber pasado en cto mismo ante el funcionario público que lo ha recibido. Y dicen los res, en general, que por lo mismo que es una especie de transacción, no de deferirse en asuntos en que no puede transigirse, como para obtener

divorcio, ó nulidad de matrimonio. Las razones de tales disposiciones son fáciles de comprender,. Respecto de las convenciones en que la ley exige acto escrito, no es posible que un dicho, aunque sea jurado, de una parte, pueda alterar ni modificar una exigencia esencial de la ley, cuya observación se impone. Respecto de la fé de los actos públicos en cuanto á lo pasado ante el funcionario, tampoco podría desatenderse el precepto legal en un punto de interés público, como ese, que es base de la legitimidad de los títulos de las propiedades. Y en cuanto á lo que es de orden público, artículo expreso de nuestro Código Civil (el 49) declara terminantemente no poder renunciarse ni relajarse por convenios particulares, las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres.

Cuando puede deferirse? También declara nuestro Código de Procedimiento que puede deferirse en cualquier estado y grado de la causa; de suerte que desde el acto de contestación, que viene á ser la raíz del juicio, hasta antes de sentencia; y así en primera instancia, como en cualquiera otra superior, puede ocurrirse al juramento decisorio: respecto de lo cual agrega el artículo 1339 del Código Civil, *y aun cuando no haya ningún principio de prueba de la demanda ó de la excepción.* Y así tiene que ser, pues que se trata de suplir la dificiencia de prueba, de modo decisivo.

Sobre qué? Precisa más las cosas el artículo 1338, diciendo que no puede ser deferido el juramento sino sobre un hecho determinado y personal de aquel á quien se le defiere, ó sobre el simple conocimiento de un hecho. Exígelo así la circunstancia esencial de tener que contestar bajo juramento de modo claro y preciso sobre el hecho; pues no siendo personal, ni de conocimiento personal, mal podría exigírsele una repuesta concienzuda sobre hecho ajeno, ó extraño á la persona, que bien pudiera estar ignorante de él. Y por lo mismo que el objeto es la decisión del pleito por el juramento, enseñan los autores que no basta que el hecho sea personal ó de conocimiento personal. sino que debe ser fundamental, para que pueda ser decisivo; de suerte que si estuviera establecido en el proceso, daría fundamento bastante para fallar la causa en el todo, y no únicamente en algún punto.

Dicen algunos maestros, entre ellos *La Cantinerie*, que es una mejora notable en la legislación, el reducir el juramento al hecho ó su conocimiento en vez de que pudiera envolver, como entre los romanos, en alguna manera el derecho mismo. Y ciertamente que no podría ser asertado ni jurídico que el dicho jurado de una parte pudiera decidir del derecho.

Fórmula. El artículo 315 del Procedimiento pone á cargo de quien defiere el juramento el proponer la fórmula, y previene que esta sea una, breve, clara, precisa y comprensiva del hecho ó hechos, ó del conocimiento de estos, de que las partes hacen depender la decisión del asunto.

«Jurad, dice *la Cantinerie* explicando este punto, que puede proponer una parte á la otra, «que yo no os presté los mil francos que os cobro, y desistiré del pleito.»—«Jurad, vos», puede contestarle el otro, «que me los prestastes, y me daré por vencido.» Se concibe que en asuntos sencillos, es fácil llenar las condiciones de la ley respecto de la fórmula; y que en los complicados bien pueden presentarse dificultades por las diferentes aseveraciones de las partes. Previéndolo el legislador, establece en el artículo 316 del Procedimiento que si la fórmula fuere objetada por aquel á quie defiere el juramento, el Juez podrá modificarla de manera que ajus dicho precepto legal, en el mismo decreto sobre admisión del juramer ese punto de la fórmula el más delicado de esta prueba; ya por la diciones exigidas por la ley para llenar cumplidamente el objeto; ya por la contestación debe sujetarse de modo estricto á la fórmula, sin razonamier objeciones ni digreciones, según el artículo 320; y ya en fin por que con al 1344 Código Civil, no se admite prueba de la falsedad de lo que jurado.

Apelación. En atención á todo eso, el aparte del artículo 316 del Procedimiento declara apelable en ambos efectos el decreto del Juez, tanto respecto de la admisión ó nó del juramento, como en cuanto á la modificación de la fórmula.

El juramento puede referirse. Los artículo 1340 del Código Civil y 317 del de Procedimiento están conformes en que la parte á quien se defiere el juramento puede referirlo á su adversario. Dos excepciones hace el Código Civil á esa facultad de referir; la una en el artículo 1342 que la niega después que aquel á quien se ha deferido manifiesta estar dispuesto á prestarlo, de suerte que debe referirlo antes de tal manifestación; y la otra en el artículo 1343 que declara no poderse referir cuando el hecho sobre que ha de recaer no es común á las dos partes, sino personal de aquel á quien se ha referido: lo cual es natural. Y todavía la ley hace ciertas salvas, pues el artículo 1346 del Código Civil autoriza á quien ha deferido el juramento para retractarse mientras que el adversario nò haya declarado referirlo ó aceptarlo, ó mientras no haya recaído decisión firme sobre la admisión. En el primer caso, no está aun consumada la transación entre las partes: en el segundo, falta todavía la ejecutoria.

Retractación. Pero puede retractarse aun después de la decisión ó después que la parte contraria ha declarado estar dispuesto á prestar el juramento, si la fórmula propuesta ha sido cambiada en la decisión, á menos que por acto posterior á esta haya aceptado la alteración, según el mismo artículo citado. Para comprender la razón de esto, basta recordar que se trata de una transación que exige el acuerdo de las partes, y que el retractante fué quien propuso la fórmula: si se la altera, falta su consentimiento, si él no asiente á la modificación, por más que la otra parte haya aceptado el deferimiento. Pero el que ha referido el juramento á su contrario, no puede retractarse, si este ha declarado su disposición á aceptarlo; porque ya el acuerdo existe.

Dispensa del juramento. Tanto la parte que ha deferido como la que ha referido el juramento, puede dispensar de prestarlo á su adversario que ha declarado estar dispuesto á hacerlo; pero el juramento se considera prestado en contra del que lo dispensa (art. 1345 Código Civil); porque perfecta la transacción, las consecuencias deben en justicia recaer sobre el que desiste de su cumplimiento.

Quien sucumbe. Aquel á quien se defiere el juramento y rehusa prestarlo y no lo refiere á su adversario, debe sucumbir en la demanda ó excepción. Del mismo modo debe sucumbir aquella á quien se ha referido, si rehusa prestarlo (art. 1341). Correcta y justiciera es esa interpretación contra quien así se niega al aclaramiento de la verdad, dando muestra de temer á su propia conciencia.

Procedimiento. Contraigámonos al procedimiento. Decidida definitivamente la prestación del juramento deferido ó referido, el Juez fija día y hora, y cita personalmente al que ha de prestarlo. Si el citado no concurre; se entiende que rehusa, *prestarlo*, salvo que justifique impedimento legítimo, caso en el cual se aplaza el acto para cuando haya cesado el impedimento, fijándose nuevamente día y hora. Ya dijimos que el acto ha de tener lugar en audiencia pública, los ritos que ha de observar, profese ó nó alguna religión, y que los términos de la contestación deben ajustarse estrictamente á la fórmula. Si requerido por el Juez á ceñirse á esta no lo hiciere, se considerará tambien que ha rehusado el juramento.

hemos dicho los efectos del juramento; pero conviene tener presente les da el artículo 1347 del Código Civil, en ciertos casos.

de esta prueba. Réstanos sólo decir que esta especie de pruebas se simamente entre nosotros. La parte que después de explorar á su se persuade de no poder probar su acción, ni poder lograr con él

algún avenimiento, prefiere de ordinario no arriesgarse en un pleito, como medida más prudente.

Juramento supletorio. Pasemos ya al juramento supletorio de que trata el artículo 1348 del dicho Código Civil.

Puede deferirlo el Juez al demandante en los juicios sobre obligaciones civiles procedentes de delito, culpa ó dolo, con las circunstancias y efectos siguientes.

1º El delito, culpa ó dolo, debe resultar debidamente probado en los autos.

2º La duda del Juez para justificar el deferimiento del juramento, debe recaer sobre el número ó valor real de las cosas, ó sobre el importe de los daños y perjuicios; por ejemplo, cuando se trata de un rebaño que deba devolverse, y no están determinados el número, la condición, ó el valor de las reses; cuando los daños y perjuicios causados, aunque probado que se hicieron, desaparecieron pronto sin haber podido detallarlos y apreciarlos, como en un incendio ó en una innundación etc.

3º Que sea imposible probar de otra manera el número ó valor de las cosas demandadas ó el importe de los daños y perjuicios, como sucede siempre que por cualquier causa desaparecen rastros y datos que debieran servir de base de apreciación.

Toca al Juez apreciar estas tres condiciones para ordenar el deferimiento del juramento; y para impedir las exageraciones del actor, dá la ley al mismo Juez el poder de moderar á su prudente arbitrio la fijación de aquel.

Esta especie de juramento no puede ser referido á la otra parte. Se trata de pura apreciación, y nó de establecer una verdad precisa, indispensable para fallar en el fondo.

SECCION 5ª

§ 1º

De los documentos

Art. 324. Si el demandante no ha acompañado á su demanda los documentos en que funda su acción, no se le admitirán después, á menos que haya designado en el libelo la oficina ó lugar en que se encuentren, ó que sean de fecha posterior, ó que aparezca, si son anteriores, que no tuvo conocimiento de ellos.

En todos estos casos de excepción, si los documentos son privados, y en cualquiera otro, siendo de esta especie, deberán presentarse con el escrito de promoción, ó anunciarse en donde deban compulsarse, y pedir su reconocimiento, confro ó cotejo.

Arrt. 325. Respecto de documentos privados, cartas telegramas, provenientes de la parte contraria, esta deberá tirlos ó tacharlos dentro del término fijado en el artículo

Código Civil. Pasado ese lapso sin tacharlos, se tendrán como verdaderos en su contenido y firma.

Art. 326. Cuando haya de practicarse el cotejo de firmas y documentos, se practicará la comparación de aquellas firmas con otra auténtica de la misma persona, por medio de expertos que procederán con arreglo á lo que se establece en la Sección siguiente.

Art. 327. Los documentos públicos que no hayan debido producirse con la demanda, ya por no derivarse de ellos la acción, ya por la excepción que hace el artículo 324 podrán presentarse en todo tiempo hasta los últimos informes.

ESTUDIO 97.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los cuatros artículos insertos corresponden á los 218 219, 220 y 221 del Código de 80 conformes con los 213, 214, 215 y 216 del de 73; pero, aunque en la esencia las disposiciones novisímas no alteran esas otras, sí contienen reformas en el método y en algunos otros puntos en que la armonía lo ha exigido.

El artículo 13 de la Ley 4ª Tit. 1º del Código de 38, establecía: «Los documentos son públicos y privados. Los públicos son las escrituras otorgadas ante un Escribano ú otro empleado público competente; los actos de los tribunales debidamente autorizados; y todos los actos de los funcionarios públicos, y los traslados, copias y testimonios de las mismas escrituras y actos legalizados en la forma prescrita por el derecho. Los privados son cualquiera especie de documentos hechos por las partes ó personas particulares, como vales, obligaciones, libros de cuentas, correspondencia epístolar y otros.»

Y el artículo. 15 de la misma ley y título: «Los libros de cuentas pueden servir de prueba en juicio, pero nunca harán fé sino contra la parte á quien pertenecen, si las partidas no estuvieren corroboradas por otros documentos ó dos testigos idoneos.»

DERECHO ESPAÑOL.—Proemio del *Tit. 18 Part. 3ª* «El antiguedad de los tiempos es cosa que face á los omes olvidar los fechos pasados. E porende fué menester que fuesse fallada escritura, porque lo que ante fuera fecho non se olvidassen é supiessen los omes por ella las cosas que eran establecidas, bien como sí de nuevo fueseen fechas. E mayormente porque los pleytos, e las posturas e las otras cosas que facen e ponen los omes cada día entre sí, los unos con los otros, non pudiessen venir en dubda, e fuessen guardadas en manera que fiessen puestas. E pues que de las escrituras tanto bien viene, que en todos los tiempos pro, que face membrar lo olvidado, e afirmar lo que es de nuevo fecho, e muestra carreras por do se enzar lo que ha de ser; derecho es que se fagan lealmente, e sin enga- manera que puedan e entiendan bien, é sean cumplidas, e señala- aquello de que podría nacer contienda entre los omes . . .»

1ª *Tst. 18. Part. 3ª* «Escritura de que nace averiguamiento de pruetoda carta que sea fecha por mano de Escribano público ó sellasello de Rei ó de otra persona auténtica que sea de creer nacer de v grand pro.»

Ley III. Til 18. Part. 3ª «Las formas é las maneras de los previlejios e de las cartas que se facen en Corte del Rey, e las otras de los Escribanos públicos, avemos mostrado assaz cumplidamente en las leyes de suso dichas. Agora queremos aquí decir de las razones porque los privilejos e las cartas se deven desechar con derecho delante los judgadores, e son estas. La una es si la carta fuere atal que non se pueda leer nin tomar verdadero entendimiento della. La otra es si fuesse rayda ó oviera letra canmiada ó desmentida en el nome de aquel que manda facer la carta ó que la da, ó del que la recibe, ó en el tiempo del plazo ó en la quantía de los maravedís, ó en la cosa sobre que es fecha la carta, ó en el día, ó en el mes ó en la era, ó en los nomes de los testigos, ó del Escribano, ó en el nome del lugar do fue fecha. Pero si la raedura fue fecha ó canviada ó dexada por yerro del Escribano, ó fuere en otro lugar de la carta que non se camie por y la razon ó que non debe dubdar en ella el judgador, ó otro ome sabio, que fuesse fecho á mala parte; decimos que non debe ser desechada por ende. Otrosi decimos que si la carta es sopuntada ó testada en los lugares sobredichos, ó rota ó tajada de manera que la tajadura tenga en las letras, es sospechosa por ende e non deve ser creyda, fueras ende si aquel que la aduce quisiere provar que fué fecho sin su grado, por fuerza de otro ó por ocasión.»

Lei 1ª Til. 23 lib. 10. Nov. Recop. «Mandamos que cada uno de los Escribanos haya de tener y tenga un libro de protocolo, encuadernado de pliego de papel entero, en el cual haya de escribir y escriba por extenso las notas de las escrituras que ante él pasaren y se hubieren de hacer; en la cual dicha nota se contenga toda la escritura que se hubiere de otorgar por extenso, declarando las personas que la otorgan, y el día, y el mes, y el año, y el lugar ó casa donde se otorgare, y lo que se otorga; especificando todas las condiciones, y pactos y cláusulas, y renunciaciones y sumisiones que las dichas partes asientan; y que así como fueren escritas las tales notas, los dichos Escribanos las lean, presentes las partes y los testigos: y si las partes las otorgaren, las firmen de sus nombres, y si no supieren firmar, firmen por ellos cualquiera de los testigos ú otro que sepa escribir: el cual dicho escribano haga mención como el testigo firmó por la parte que no sabía escribir; y si en leyendo la dicha nota y registro de la dicha escritura, fuere algo añadido ó menguado, que el dicho Escribano lo haya de salvar y salve en fin de la dicha escritura, antes de las firmas, porque después no pueda haber duda si la dicha enmienda es verdadera ó no; y que los dichos Escribanos sean avisados de no dar escritura alguna signada con su signo sin que primeramente al tiempo del otorgar de la nota hayan sido presentes las dichas partes y testigos, y firmada como dicho es . . . so pena que la escritura que de otra manera se diere signada sea en si ninguna.»

Ley 121 til 18. Part. 3ª «Escriven los omes en sus quadernos por remembranza las cosas que les deven e otrosi lo que ellos deven; e á las veces escriben verdad, e á las veces el contrario por olvidanza ó maliciosamente; por ende decimos . . . »

EXPLICACIONES

Observaciones sobre la prueba. Sabido es cuan difícil, si no imposible, se ha considerado señalar una línea precisa y segura de demarcación ent 'a materia del procedimiento y la materia de fondo en lo civil. Esa di l- tad general se aumenta cuando se trata de las pruebas, cuya eficacia req :- re condiciones externas y condiciones internas, que se compen n para poder llegar, por la forma y por el fondo, á la demostración jurídic e la verdad. Tal consideración nos hace vacilar respecto de la extensió e estos Estudios en esa materia, con el propósito de mantenernos en el campo l derecho procesal, sin invadir el civil. Pero comprendiendo que asunto tan

portante quedaría deficiente y como trunco, si nos limitáramos al simple estudio de los artículos de nuestro Código de Procedimiento, por fuerza hemos de darle mayor desarrollo, pero reservándonos tratar oportunamente, aunque sea de lijero, lo relativo á la fuerza y mérito de las pruebas.

Historia de la prueba escrita. Nos ocupamos aquí en la prueba literal ó por escrito; y bien nos parece que, antes de todo, veamos el proceso por el cual, en la marcha social, se llegó á esa prueba escrita, que por su procedencia llamó *Benthan*, y después otros escritores, *prueba preconstituida*. Copiemos á *Reus* en ese punto: «Pero en épocas anteriores (al Código de las Partidas) cuando no había papel, cuando el pergamino preparado para escribir escaseaba hasta el punto que demuestran los palimpsectos, y sobre todo cuando los conocimientos literarios eran tan poco comunes que aun dentro de la clase relativamente ilustrada del clero, eran muchos los eclesiásticos constituidos en dignidad que no podían firmar las actas de los Concilios á que asistían por no saber hacerlo, se comprende fácilmente que en los asuntos privados y que no revestían una extraordinaria importancia, el medio casi único de fijar los hechos había de consistir en confiarlos á la memoria de testigos. Aun en los casos en que acudiendo á los conocimientos de algún clérigo, ó por cualquier otro medio, se lograba formar un documento, la prueba testifical no perdía por eso nada de su importancia; porque los documentos firmados sólo por quien los escribía, podían fácilmente ser alterados ó sustituidos; y porque no sabiendo leer ni los otorgantes ni los testigos, y conociendo todos, por tanto, lo que se había convenido, pero no lo que se había escrito, había de preferirse en caso de duda, el dicho de los testigos, del acto á lo consignado en el acto mismo. La prueba escrita adquirió más valor cuando para evitar el peligro indicado, así como el demérito que debía de ocasionar la muerte ó desaparición de los testigos, se aplicó á los documentos el procedimiento de las tarjas, formando las llamadas *Cartas-partidas*, que consistían en escribir dos veces lo mismo en dos columnas de una misma hoja de pergamino, dejando entre las columnas un espacio en que se escribían con gruesos caracteres versículos de las Sagradas Escrituras, y por el cual se cortaba el documento, entregando uno de los lados á cada una de las partes contratantes. De este modo se impedían las alteraciones, y por el ajuste de los versículos cortados, se comprobaba la autenticidad de los documentos. Aunque la falta de una de las partes hacía imposible la confrontación, y aunque estos documentos no tenían más que un carácter privado, se comprende sin esfuerzo que desde el momento en que hubo un medio de dar este carácter de permanencia y de seguridad á las estipulaciones, la prueba testifical fué perdiendo importancia. La creación de los Escribanos y Notarios con fé pública, aumentó el valor de los documentos; y cuando en los principios del Siglo XIII se organizaron en Aragón y en Castilla los servicios de estos oficiales, obligándolos á llevar registros que sirvieran de matriz y protocolos á sus escrituras, los documentos se sobrepusieron definitivamente á la prueba de testigos, y después de este largo paréntesis se volvió, principalmente en Aragón, al sistema romano, que, fuera de los casos de falsedad, no admitía la prueba de testigos contra las pruebas literales.»

Documentos. La Sección que vamos á estudiar se titula, *De los Documentos*. Según *Caravantes* la palabra documento trae en etimología de la frase *docere mentum*, declarar y demostrar la intención, y significa todo escrito en se halla consignado algún acto. Y la palabra instrumento viene de *[illegible]re*, enseñar, instruir, ó del *struere*, colocar con orden, y era empleala leyes de Partida también para designar el documento.

a definición de *documentos* ó *instrumentos*, de *Caravantes*, es general. En [illegible]e forence se entiende por documento ó instrumento todo escrito en se hace constar una disposición ó convenio, ó cualquier otro hecho, perpetuar su memoria, y poderlo acreditar cuando convenga. Y este sentido corresponde también á las palabras *título y escritura*.

El § 10 sobre pruebas del Código Civil tiene por mote, *De la prueba por escrito*, Uno de sus artículos dice: «La prueba por escrito resulta de un *documento público* ó de un *documento privado.*» Y en seguidas el otro artículo empieza así: «*Instrumento público* es el que ha sido etc». Y en el título sobre *Registro Público*, ya emplea el legislador la palabra *título*, ya la de *escritura*. Resulta, pues, que nuestras leyes usan á veces las voces genéricas *documento*, ó *instrumento*, ó *título ó escritura*, como equivalentes; y así las emplea la práctica.

Título. Pero la voz *título* tiene además otra acepción especial, que no debe confundirse con aquella indicada. Desígnase con ella en ocasiones el hecho jurídico, la causa legítima del derecho, como cuando decimos «poseo esta casa á *título* de herencia de mis padres», «á *título* de legado de mi tío», «á *título* de permuta con fulano, etc»; y en tal sentido la usan los artículos 674 y 676 de nuestro Código Civil, al hablar de los interdictos, cuando dispone que quien ha sido perturbado ó despojado de la cosa que posee con *justo título* etc. En tal caso la escritura ó documento que se tenga no viene á ser sino la prueba escrita de ese hecho jurídico ó esa causa legítima y aun puede no concurrir con él tal prueba; y haber necesidad de hacerse después, como sucede en las herencias ab-intestato que vienen por ministerio de la ley. Y ese documento ó prueba escrita, se llama también *título*, pero en ese sentido limitado, y así lo usa el artículo 678 de dicho Código, al disponer que sólo se suspenden los efectos de la restitución ó amparo, cuando el oponente comprueba con *título justo* y *auténtico* que procede con derecho. Y la diferencia de esas dos acepciones es tan radical que puede existir el hecho jurídico ó causa legítima del derecho, y ser viciosa y hasta nula la prueba escrita, y viceversa. Por ejemplo si un padre venezolano que deja hijos y bienes en Venezuela hace en Londres testamento el más legal y correcto en la forma, y en que deja todos sus bienes al hijo primogénito; por más legal que sea la forma de su testamento, no existirá el título legítimo para la posesión de todos los bienes aquí situados, excluyendo á los otros hijos; así como si de padres á hijos viene trasmitiéndose *ab-intestato* una propiedad, por más que no haya testamentos, la causa legítima del derecho existe, y sólo se necesita la prueba de la sucesión.

Documentos, sus especies. Según el artículo 1282 del Código Civil el documento ó instrumento es público ó privado. Público, conforme al 1283 es el que ha sido autorizado con las solemnidades requeridas por la ley, por un Registrador ú otro funcionario ó empleado público, que tenga poder para darle un carácter auténtico, en el lugar en que el instrumento ha sido autorizado.

No define el Código el documento privado, pero por los términos de la definición del público, el privado ha de ser el escrito que forman los interesados, sólos ó á presencia de testigos, sin intervención de Registrador ni otro funcionario público capaz de darle autenticidad, y sin las solemnidades de los públicos.

Autenticidad. La autenticidad es condición del instrumento público; pero los privados pueden adquirirla, cuando son reconocidos ó tenidos legalmente por reconocidos. En estos casos tienen la misma fuerza probatoria de las escrituras públicas, más sólo entre los que los han escrito y entre sus herederos y causa-habientes, á diferencia de los públicos que la tienen entre toda clase de personas. Por eso no pueden tomarse como idénticos, do que cuando la ley exige en algún asunto, instrumento público, tie ser necesariamente el que tenga verdaderamente el carácter de tal, y no vado autenticado; y cuando exija documento auténtico, puede ser el co así como el privado autenticado. Debemos sin embargo advertir que documento privado autenticado se registra legalmente en la correspo Oficina de Registro, adquiere entonces el carácter de público, pero sólo la fecha en que ha sido registrado.

Acto. En el lenguaje forence úsase también la palabra *acto*, principalmente en Francia. *Escriche* la define «Una acción, un hecho, una operación, una diligencia, un modo de obrar, un procedimiento, ya de una autoridad como tal, ya de una persona privada.»

Y *Rousseau* y *Laisney* dicen que se entiende por *acto* todo escrito redactado por oficiales públicos ó por simples particulares, y que hace constar lo que ha sido hecho ó convenido. En este sentido especial la usan ordinariamente en Francia, pero sin confundirla con el título, de tal modo que quien compra de mala fé un fundo ajeno, dice tener en su favor un *acto* pero nó un *título.*

Documentos registrados. La definición del Código Civil de documento ó instrumento público comprende dos clases—la de los autorizados por el Registrador—y la de los autorizados por cualquier otro funcionario público que tenga el poder de darle autenticidad en el lugar.

Procuremos aclarar todo esto.

Puesto que el acto debe ser autorizado por el Registrador ú otro funcionario público capaz de darle autenticidad, claro es que la primera condición ha de ser que dichos Registrador ó funcionario tengan realmente el carácter de tales. ¿ Si han renunciado el cargo, que se hará? La ley de registro dice que el Registrador no puede separarse por ningún motivo mientras no sea reemplazado, lo mismo que en general se dice de los demás funcionarios; según lo cual mientras no tome posesión el nuevo nombrado sus actos son válidos, aun que la renuncia haya sido aceptada. No sucede lo mismo en el caso de suspensión ó deposición,, si le han sido notificadas, porque no le es permitido actuar aun cuando no haya sido remplazado, pues carece del poder legal. Tal es la doctrina de *Aubry et Rau*, citando á *Duranton*, *Bonnier* y *Demolombe*, respecto de los Notarios: sus actos serían nulos como auténticos después de la notificación. Falta entonces el primer requisito exigido por la ley. Se dirá que ese rigor puede dañar á los interesados que de buena fé é ignorantes de la suspensión ó destitución, ocurran al despecho del funcionario. Pero como se trata de un punto de orden público, el interés privado tiene que ceder al interés general.

En segundo lugar se requiere que el Registrador ó el otro funcionario no tengan impedimento legal que les incapacite para el otorgamiento, como sucedería en los casos previstos por la ley de registro al prohibir al Registrador autorizar documentos en que fuere ó apareciere como aceptante ó simplemente presentante (interesado), ó en que hayan de firmar su cónyuge, ascendientes, descendientes ó colaterales dentro del tercer grado ó afines dentro del segundo. Tales documentos serían nulos. Es la doctrina que respecto de los Notarios, enseñan los mismos *Aubry et Rau*, citando á *Demolombe.*

Preguntan aquellos si un Notario puede recibir actos en los cuales uno de sus parientes ó afines en grado prohibido figure, no como parte, sino como mandatario de una de las partes, ó actos de una sociedad anónima en que uno de esos parientes ó afines sea accionista, ó en que el mismo Notario tenga este carácter. Y citan tres sentencias en las cuales se ha resuelto la afirmativa. Enteramente aplicable á nuestros Registradores nos parecen esas doctrinas de las Cortes francesas, vista nuestra ley de Registro.

o la carencia del Registrador ó funcionario de las cualidades perso- que exige la ley de registro, y aun la falta de juramento y fianza prescritas, respecto del que está actuando públicamente, en nada afecta enticidad del documento que se otorgue, porque no son en manera al- a de esencia para el otorgamiento mismo. Así lo enseñan *Aubry et Rau*, ndo la ley 3ª D *offis præt. Error communis facit jus*, y á *Demolombe* y á

En tercer lugar, es necesario que el Registradór ó funcionario obren dentro de los límites de sus atribuciones, bajo el doble respecto de la naturaleza del acto y del lugar en que actúan. Un acto que está fuera de sus atribuciones ó de su oficio, ó que autoricen obrando como tales empleados fuera de su territorio, según la misma ley de registro, no sería válido como documento público, porque no merecen fé pública sino en lo que es de su oficio, y no son funcionarios, sino dentro de su jurisdicción. Es la misma doctrina de los autores citados respecto de los Notarios.

Documentos públicos ante otros funcionarios. Ahora ¿cuáles son esos otros funcionarios públicos que tienen poder para dar al acto un carácter auténtico en el lugar del otorgamiento? Son todos aquellos que tienen facultades expresas otorgadas por la ley para cierta especie de actos, siempre que se trate de ese *acto*, que entre en esas facultades propias, y que necesite una parte acreditar. Así las Cortes tienen facultades especiales para otorgamiento de títulos de abogados y procuradores, emancipaciones, y otros actos, y lo que ejecutan en uso de esas atribuciones, tienen toda la autenticidad requerida: los Jueces de 1ª Instancia nombran tutores, protutores etc., y sus actos en esas materias son también auténticos: los jueces inferiores, de Distrito y de Parroquia, así como los Cancilleres de las Cortes están llamados por la ley á autorizar los poderes judiciales, y esos poderes son auténticos: los Jefes Civiles de las parroquias son los encargados por la ley de los registros civiles, y las partidas que ellos asientan son actos auténticos; así como les está encomendado el registro de venta de animales y sus actos en tales materias, llevan toda la autenticidad requerida; los Gobernadores, Prefectos etc., tienen facultades suyas para ciertos actos que deben pasar ante ellos, y no puede dudarse de lo que actuen en esas materias. Y en general, todas las Corporaciones oficiales, Autoridades, y funcionarios públicos tienen señalados por la ley sus respectivas atribuciones; y por tanto, cuanto hagan en uso de esas atribuciones, dentro de su jurisdicción, lleva el carácter de autenticidad. Tales actos tienen que entrar en la categoría de instrumentos públicos, para que la ley sea cumplida y tenga sus efectos.

Solemnidades. Pero exige la ley además que dichos actos sean otorgados *con las solemnidades legales*, esto es, las que son esenciales, que entran en la naturaleza ó en la esencia del acto mismo, ó bien que la ley exige bajo pena de nulidad. Esas formas son las garantías imprescindibles, por voluntad del legislador, de la corrección del acto.

Respecto del registro, en cuanto á su forma, dice el Código Civil (art. 1893). «Todo el que quiere registrar un documento deberá presentarlo á la oficina respectiva, la cual lo insertará íntegro en los protocolos correspondientes, debiendo también firmar en ellos el presentante ó presentantes» Y luego establece el 1895 esto. «El registrador pondrá al pié del documento ó copia que se lleve á registrar una nota en que se exprese haberse llevado á cabo el registro, con indicación del número del protocolo y del documento, y entregará al interesado el documento ó copia así anotada.

Esas solemnidades ó formalidades esenciales externas, (pues las internas son para materia civil en que no debemos entrar) están complementadas en la ley de registro, de la cual recordaremos las principales disposiciones.

Es la primera, la que declara que no puede haber enmendaduras, testaduras ni interlineaciones en el original ni en los protocolos en los puntos sus-
les, como el nombre de los interesados, cantidades, medidas y cual quiera o-
haga dudoso el documento, á tal punto que no se permite salvar tales falt-
que ordena hacer de nuevo el original ó protocolo. Esa doctrina
enseñan los citados maestros respecto de los documentos notaria
declaran nulos por tales faltas, incluyendo las de la fecha del do-

La segunda es la que exige que al pié del documento se haga
si alguna de las partes no sabe ó no puede firmar, que el r-

ponga tambien constancia de esa declaratoria. Tales faltas anulan el acto, y los autores lo enseñan así respecto de los Notarios, pero sin ser necesario, en general, que se exprese la causa de imposibilidad de firmar.

La tercera es la que establece el proceso del otorgamiento, ordenando que fuera de la presentación del documento y su copia en los protocolos correspondientes, han de concurrir dos testigos (ó los más que exija la ley según el acto como en los testamentos), á presencia de los cuales, de las partes y del Registrador se lean el original y los protocolos, debiendo el Registrador y testigo firmar junto con las partes dichos protocolos, después de una nota al pié de ellos con la fecha en letras, en que se exprese que el documento ha sido leído y firmado par los otorgantes á presencia del registrador y los testigos: concluyendo aquel funcionario con poner otra nota al pié del original, la cual firmará solo él, el Registrador, expresando la presentación, la lectura y firma de las partes ante aquel funcionario y los testigos. Caso de no haber firmado alguno de los otorgantes por no saber ó no poder, se hará constar así en ambas notas de los protocolos y del original, con expresión de la persona que firmó á ruego.

Y en fin exige la ley de registro que el registrador y testigos den fé de conocer al otorgante ú otorgantes, y caso de no conocerlos los hagan comprobar su identidad, haciendo constar una y otra cosa en la nota de registro.

Solo requiere la ley en los testigos ser vecino y mayor de edad; pero claro es que por sus funciones mismas, en cada caso, no han de tener ningún impedimento legal que los inhabiliten, como ser descendiente ó asendiente, ni colateral en 4º grado ni afin dentro del segundo, de ninguna de las partes ni del Registrador; que es la misma doctrina de los autores en cuanto á los actos notariados.

Agregan los maestros como formalidad esencial, que el documento esté redactado en el idioma legal del país; y como el artículo 11 de nuestro Código Civil preceptúa que el idioma legal es el castellano y que las oficinas públicas no pueden usar otro en sus actos: siendo tal disposición materia de orden público, claro es que el otorgamiento de documento en otro idioma sería nulo.

Hay otras exigencias de la ley de registro en cuanto á papel sellado y estampilla; pero como ellas no pueden afectar el acto mismo ni su autenticidad, no creemos que puedan considerarse como solemnidades cuya infracción anule el acto, por más que pueda ameritar reposiciones y aun responsabilidad para el funcionario ó para las partes.

Finalmente recordaremos que los documentos privados no pueden ser registrados, sino previa su correspondiente auténticación en cuanto á todos los interesados.

Conocemos ya, pues, los documentos ó instrumento público, y las tres clases de los que los tienen como tales—á saber—los otorgados ante el Registro con las formalidades legales—los otorgados antes otros funcionarios que por su oficio están llamados por la ley, á dar autenticidad al acto de que se trate—los privados reconocidos y registrados.

[illegible]slados y copias. Y no ha de olvidarse que conforme al artículo 1304 del C[illegible]o Civil, los traslados, copias ó testimonios de las escrituras públicas y de c[illegible]uier otro documento auténtico hacen fé, si han sido expedidos por el f[illegible]onario competente con arreglo á las leyes. En el lugar apropiado t[illegible]os atrás de las disposiciones relativas á la expedición de tales traslados é[illegible]as, y á lo dicho allí nos referimos ahora.

[illegible]umentos privados. Pasemos ya á los documentos privados. Tenemos c[illegible]e son los que otorgan las partes, con ó sin testigos, y sin asis-

tencia de ninguna autoridad capaz de darle autenticidad. Comprende pues, esta especie de documentos, los contratos privados entre partes, vales, pagarés y obligaciones, recibos, cartas de pago, finiquitos y cancelaciones de carácter privado.

Firma. La única condición esencial para la existencia de tales documentos, es la firma de las partes, que no puede suplirse ni con el signo de la cruz, ni con ningún otro. Es tan esencial la firma de todos que si falta alguna el acto se tiene como no hecho, y no puede servir ni como principio de prueba por escrito respecto del no firmante, como lo trae *Mazzoni* en sus Instituciones de derecho civil, y es doctrina general.

Forma del documento privado. Puede el documento privado ser redactado en cualquier forma, declaratoria, pagaré, vale, cartas etc, pues que la ley no lo sujeta á ninguna formalidad. Así que puede estar escrito en lengua extranjera, carecer de fecha, expresar las cantidades en cifras, y aun tener enmiendas, testaduras é interlineaciones, sin ser por eso nulo; todo á reserva de ser reconocido.

Vales. Unicamente en el instrumento privado en que una sola de las partes se obligue hácia otra á entregarle una cantidad de dinero ú otra cosa apreciable en esta especie, exige el artículo 1291 del Código Civil que además de estar autorizada por el obligado, ó por otro á su ruego si no sabe ó no puede firmar, la cantidad esté expresada en letras en el cuerpo del vale. Es esta última la precaución con que nuestro legislador ha sustituido la nota de *bueno* ó *aprobado* que puesta de propia mano del obligado, exigen otras legislaciones. Por lo mismo, siendo tal expresión en letras en el cuerpo del vale, requisito esencial de forma en esa especie de documentos privados, las enmendaturas, testaduras ó interlineaciones en esa parte, afectarían la validez del documento mismo, segun el espíritu de nuestra ley de registro. Pero reconocido por el obligado con tales altêraciones, el reconocimiento subsanaría el defecto, por la fuerza de la confesión que por si sola bastaría; más reconocido desechando ó desconociendo aquellas, no tendría valor; y si por el mérito de la parte reconocida pudiese hacerse una prueba complementaria, toda la obligación de ella recaería sobre el que exige el cumplimento de la obligación.

Firmas en blanco. Enseñan los autores franceses generalmente como doctrina corriente que la firma en los documentos privados puede ser puesta de antemano encomendándose á aquel á quien se confía el papel con firma en blanco, el llenarlo con lo convenido, y que así queda con fuerza contra el suscritor. Convienen en que por derecho antiguo era deudoso el valor de las firmas en blanco, habiendose dado entonces decisiones en pro y en contra. Pero creen resuelta la cuestión por un artículo del Código Penal que castiga el abuso de tales papeles con firma en blanco, toda vez que si fuesen nulos no podría cometerse ningun abuso. *Demolombe* refuerza ese razonamiento arguyendo que tal documento no peca contra ningún precepto legal, desde que no existe formalidad exigida por ley para los documentos privados; y con el de que podría considerarse como un mandato en blanco, cuya ejecusión por el mandatario obliga al mandante. Ninguna autoridad tenemos para discutir esa doctrina en derecho francés. Pero nos permitimos dudar de su buena aplicación en Venezuela.

Verdad es que también nuestro Código Penal castiga por artícu[illegible] el abuso de las firmas en blanco. Más en nuestro Código Civil hay dife[illegible]ias esenciales con el Código francés y aun con el italiano, en las di[illegible]ıes sobre documentos privados.

No existe entre nosotros la disposicion relativa á los do[illegible]ri-vados que contienen contratos sinalagmáticos, que requiere se hag[illegible]tos ejemplares cuantos interesados haya con derechos distintos para [illegible]da cual tenga la prueba de lo convenido.

No tenemos el requisito de la nota *bon* ó *approuvé* en las obligaciones unilaterales, escrita de puño del otorgante con indicación de la cantidad en letras.

No tenemos tampoco el uso de los poderes en blanco, que acostúmbran en Francia.

Y tenemos una exigua población diseminada en un extensísimo territorio, donde falta instrucción y no abundan los que saben leer y escribir.

La facilidad de los abusos, fundamento de la antigua duda, sería mucho mayor si se introdujera entre nosotros la práctica de las firmas en blanco, de que raros ejemplos se han presentado por fortuna en el país.

La encontramos también incompatible con la índole de la prueba escrita, que se hace antes de ningún pleito, en previsión de tener que presentárla en lo futuro, si fuese necesario. Desde el momento que se conviene en que la firma fué dada en blanco, ¿de qué manera prueba ese papel la convención, el objeto, la intención en que estuviesen de acuerdo las dos partes? El hecho es que aparecen en desacuerdo al presentar lleno ó escrito lo que estaba en blanco, desde que hay desconocimiento ó controversia por parte del firmante. El hecho es que por más que sea reconocida la firma, si se rechaza el contenido, las circunstancias mismas están diciendo que no hay elemento jurídico previo para tener como verdadera ninguna convención entre las partes, y que falta una condición esencial para la existencia de aquella. ¿Cual es la razón alegada para tener como prueba el papel? Que allí está la firma del que lo escribió que no la desconoce; que él mismo entregó el papel con algún fin que debió hacer constar. Pero también está ahí la confesión del tenedor de que fué él quien lo llenó con una obligación ó convención en su favor, que igualmente, por su parte, debió tener cuidado de hacer constar: allí está la confesión de haber recibido el papel en blanco, sin comprobar que fué autorizado para llenarlo. Están, pues para nosotros, uno y otro en la misma condición, partiendo del supuesto de que se trata de un papel con firma en blanco, lleno por el tenedor. Cada parte, puede por tanto, probar lo que alegue en favor, ó en contra de lo que se ha llenado, con todo genero de prueba legal, para que pueda fallarse conforme á la verdad probada.

Teoría italiana. Los autores italianos enseñan la misma doctrina francesa, y admiten como éstos, dos excepciones á saber: cuando el suscritor logre hacer la prueba contraria á lo escrito, prueba que sin embargo no podrá obrar contra tercero de buena fé, que contrató con el tenedor; y cuando pruebe que el papel con firma en blanco fué sustraído fraudulentamente á la persona á quien se confió, ó que sin consentimiento de esta fué escrito el contenido por un tercero.

Nuestro juicio. Agrégase en favor de nuestro juicio el hecho de que el artículo 296 de nuestro Código de Comercio, que admite los endosos en blanco en las letras de cambio y pagarés á la orden, solo autoriza al portador para llenarlo con un endoso ordinario, y declara que se tenga como no puestas las cláusulas adicionales que tiendan á agravar en cualquier sentido los efectos del endoso regular (Disposiciones que no existen ni en el [illegible] francés ni en el italiano). El legislador reconoce así como única [illegible] presumible legalmente, que se quiso hacer la trasmisión del valor [illegible]ciable de modo ordinario, recibiendo su importe al poner aquel en po- [illegible] tercero; y rechaza todo lo demás con que haya querido favorecer- [illegible]ndosatorio, como no aceptado por el endosante. Si esto es así, aun- [illegible]ose de documentos mercantiles en que las leyes para facilitar las [illegible]uciones rápidas de sus operaciones, se precave contra el abuso, ¿cómo [illegible] aceptar que en los asuntos ordinarios civiles se dé fuerza con- [illegible]natario á un papel firmado en blanco, cuando no hay nada, ab-

solutamente nada, que haga presumir ningún género de contrato entre las partes, ningún género de obligación del firmante para con el tenedor, fuera del hecho de haber firmado en blanco y quizás de habérselo confiado? ¿Por que razón jurídica ese acto de confianza ha de traducirse como voluntad libremente expresada de someterse á las obligaciones que escriba el tenedor? ¿No son condiciones expresamente requeridas por la ley para la existencia de un contrato (artículo 1076 Codigo Civil) el consentimiento válido, libre de error, de violencia y de dolo : objeto determinado que pueda ser materia de convención, y causa lícita para obligarse? ¿Llenará tales condiciones aquel acto de confianza ante una legislación que no acepta los mandatos en blanco, y que en lo mercantil limita á lo ordinario los endosos de esa especie? Nó; nos parece imposible aceptar entre nosotros las doctrinas extranjeras que hemos venido analizando.

Reconocimiento del documento firmado. Para el reconocimiento, que es el primer paso en todo documento privado, dispone el mismo Código Civil (artículo 1289) que aquel á quien se exige el reconocimiento en su contenido ó en su firma, está obligado á reconocerlo ó negarlo formalmente. Si no lo hiciere se tendrá legalmente como reconocido, Respecto de los herederos ó causahabientes dice que pueden limitarse á declarar que no conocen la escritura ó la firma de su causante.

Es su contenido ó en su firma, dice el artículo, 'porque puede suceder pue baste que reconozca esta por haber firmado personalmente, lo cual envuelve la aceptación del contenido, ó bien que por haber firmado otro á su ruego, se le pida sólo el reconocimiento del contenido, á reserva de hacer reconocer también al firmante, si así se creyere necesario. Lo que se exige es una confesión, y como es sobre un hecho personal, obliga la ley á reconocer ó negar formalmente, bajo la pena de tener como reconocido el documento, si no contesta categóricamente en uno ú otro sentido.

Como haremos anotar más adelante, también da la ley por reconocido el documento en el caso en el que, citado el que ha de reconocerlo, con especificación circunstanciada de aquel, deja de concurrir al Tribunal con tal fin. Acostúmbrase en estos casos copiar en la boleta de citación el documento mismo, cuando no es extenso, ó ponerlo en extracto con todo lo sustancial, cuando es largo.

Contiene, pues, la legislación medios eficaces para alcanzar el reconocimiento, que es el primer paso para completar la prueba; pues que el documento no es más que la base, que por si solo no basta para probar. Esta especie de prueba es complexa, y se compone de dos elementos, el preconstituido, que es el instrumento, y el que ha de traerse al proceso para acreditar la verdad de este.

Cotejo. Cuando la parte niega su escritura ó su firma, y cuando los herederos ó causa-habientes declaran no conocerla, puede ocurrirse al cotejo sin perjuicio de cualquiera otra prueba.

Aquí reconoce la ley la facultad del interesado de ocurrir á la prueba de los testigos instrumentales, si los hay, ó de otros que puedan atestiguar la verdad del documento, ó la de cotejo, que no es más que una experticia, á la inspección ocular ó alguna otra de las permitidas. El cotejo no es, pues, forzoso sino potestativo.

El artículo 326 del Código de Procedimiento, como hemos vi [illegible] que cuando haya de practicarse el cotejo de firmas, y documentos [illegible] la comparación de las firmas con otra auténtica de la misma per[illegible] medio de expertos que procederán como dispone la sección sobre exp[illegible] Luego veremos ese procedimiento. Por ahora anotaremos sólo que [illegible] buscarse firmas auténticas para hacer la comparación, las cuales pu[illegible] llarse en el Registso Público, en procesos seguidos antes y aun en [illegible] mo expediente. Y como al Juez le es dado separarse del juicio peri[illegible] ne el cotejo á ser un medio inseguro.

Hablando de ello dice Reus: «La prueba del cotejo se funda, como lo hace notar *P J. Bellot*, en la suposición de que cada persona dá á su escritura un carácter ó estilo propio, un aspecto particular que permite deducir por la comparación y el examen de las semejanzas de dos escritos, si están ó no trazados por la misma mano. Esto, ni es fácil, ni está exento de peligros, porque en realidad los hombres no escriben siempre de la misma manera, «ó á las vegadas faze desemejar las letras los variamientos de los tiempos «en que son fechas, ó el mudamiento de la tinta ó de la péñola; e otro»si se podrá desemejar la letra por enfermedad ó por vejez del escribano, «ca de una manera escribe ome quando es mancebo e sano, é de otra quan«do es viejo é enfermo (Le 118 tit. 18 Part. 3a) La distinta posición de la mano, el mayor ó menor cuidado ó hábito de escribir, el estado de ajitación ó tranquilidad, basta para producir una desemejanza en la letra ó la firma de una persona, aunque no haya por su parte una intención culpable; y todo esto disminuye considerablemente la fuerza de la suposición, base del cotejo, de que cada persona escriba siempre del mismo modo. La suposición correlativa de que nadie escribe del mismo modo que otro, tiene en su contra, no sólo la posibilidad de que entre personas que sigan una misma escuela de letra haya una semejanza completa, sino el hecho reconocido de que algunos criminales han llegado en el arte de imitar los escritos agenos á un grado de perfección que hace imposible que el mismo interesado pueda decir cual es su escrito auténtico y cual el falsificado».

Y después de examinar las disposiciones de varias leyes de Partida agrega: «Todos sus inconvenientes y todas sus imperfecciones no han podido determinar ni han debido determinar al legisladar á proscribir esta prueba; pues, por fácil que sea un error judicial en su apreciación, nunca lo será como la facilidad de que los litigantes sin pudor hallaran, con la prohibición de su uso, el medio de eludir por una simple negativa, el cumplimiento de sus obligaciones. Su prohibición hubiera,, pues, abierto un camino más ancho al fraude y á la mala fé, y hubiera destruido además toda la importancia de los documentos privados que se otorgan sin intervención de testigos, ó que se presentaren en juicio después que estos hubieran fallecido ó se hallaran en la imposibilidad de declarar».

Y concluye el autor así. «Por esto se ha admitido esta prueba, procurando rodearla de las mayores garantías, y poniendo sobre todas la absoluta libertad de criterio del tribunal, para que éste la aprecie, no sólo en vista del dictamen pericial y por su propio examen de los escritos comparados, sino teniendo también en cuenta el resultado general de todo el pleito».

Cartas misivas. Fuera de los documentos privados de que hemos venido hablando, admite el Código Civil que puedan hacerse valer en juicio como prueba ó principio de prueba por escrito las cartas misivas dirijidas por una de las partes á la otra, siempre que en ellas se trate de la existencia de una obligación ó su extinción, asi como de cualquier otro hecho jurídico relacionado con los puntos que se controvierten (artículo 1294 Código Civil.) El artículo siguiente prohibe la presentación de cartas misivas dirijidas á tercero por alguna de las partes ó algún tercero, sin el consentimiento del tercero ó del autor; con las demás restricciones que en el texto se expresan. La misma prohibición y ciertas excepciones hace el artículo 1296 en cuanto á las cartas misivas de carácter confidencial. Fuera de la garantía constitucional de inviolabilidad de la correspondencia, ha de atenderse á los derechos ajenos, autores é interesados

Telegramas. Respecto del telegrama, que también permite el Código emplear como documento privado, deben observarse las disposiciones de los artículos 1298 y 1299 de dicho Código para no incurrir en errores.

cuanto á los libros de los comerciantes, el artículo 1300 establece la a de que hacen fé contra ellos; pero que la parte contraria no podrá

aceptar lo favorable sin admitir también lo adverso, en la combinación que de ello resulte.

Tambien pueden obrar como prueba en juicio, los registros y papeles domésticos, en los casos determinados en el artículo 1301 del dicho Código.

Igualmente pueden obrar en juicio como pruebas, las anotaciones puestas en los títulos de crédito, de la manera y en los casos expresados en el artículo 1302 del mismo Código.

Y finalmente admite el 1303 para probar, entre los que la acostumbran las tarjas que corresponden con sus patrones. Creemos conveniente, para mayor esclarecimiento de estos otros elementos de prueba escrita, traer aquí, las doctrinas de los maestros y hacer algunas explicaciones.

Hablando de las cartas misivas dice *Manresa*, «Según la opinión más seguida, como más fundada en la razón y en la equidad, si las cartas versan sobre literatura, ciencia ó artes, el autor conservará siempre la propiedad del original, y el que recibe la carta, aunque la haga suya, sino se le previene otra cosa por el autor, no puede aprovecharse de ella sino para su instrucción ó recreo, como podría hacerlo de un libro. Si las cartas versan sobre negocios particulares ó confidenciales, la propiedad es tambien orijinariamente de su autor, quien al trasmitirla podrá imponer sobre su uso las condiciones que guste, con tal que sean lícitas, inclusa la devolución. Fuera de este caso el que recibe la carta hace suya la propiedad material del instrumento, pero no puede hacer de ella un uso contrario á las prescripciones del que la haya escrito, ó perjudicial al mismo, y mucho menos darle publicidad, cuando sea reservada ó puramente confidencial, sin cometer una falta de buena educación y un abuso de confianza. De aqui la práctica de pedir permiso al autor de una carta confidencial para publicarla. Sin embargo no hay necesidad de este permiso, como dicen los autores de la *Enciclopedia de derecho*, si la exibición ó presentación de la carta se hace de mandato judicial, ó si el autor pone al propietario en la necesidad de defenderse, para lo cual conduzca la publicación de la carta. Más cuando ella pertenezca á un tercero siendo confidencial ó reservada, no podrá entregarla á otro sin abuso de confianza, cuyo vicio se opone, por las razones ante dichas, á que este otro pueda utilizarla en juicio contra el autor. No teniendo la carta el indicado carácter, podrá utilizarla como medio de prueba aquel á quien haya sido entregada para este objeto por el propietario, lo mismo que podrá hacerlo de cualquier otro documento privado.» En cuanto al uso judicial debemos atenernos estrictamente á las disposiciones de nuestro Código Civil arriba expuestas.

Conviene el mismo *Manresa* en que no puede utilizar un documento privado el que se lo haya procurado de una manera ilegal, por el principio de que *nemo ex delicto conditionem suam melliorem facere potest;* y *Aubry et Rau* citando á *Merlin* y varias decisiones de las Cortes, establecen que no puede producir en juicio la carta privada quien se la haya procurado por medio de un delito ó maniobras dolosas, ni aun en el caso de no haber tomado parte en los manejos ilícitos por sacarla de manos del destinatario, ó haya llegado á las suyas por un error inocente.

En cuanto á los libros de comercio, los artículos 31 y siguiente del Código mercantil dicen cuales son esos libros, cómo deben ser forma como han de ser llevados para ser correctos, á fin de que presenten cc ciones de credibilidad. Deben ser encuadernados, forrados,, foliados numeración contínua y en idioma castellano; sin poder arrancársele hc alterar la encuadernación ó foliatura, ni mutilarlos en ninguna parte. acentarse en ellos día por día y en el orden en que vayan ocurriendo las operaciones; sin poderse alterar el orden y fecha de los asient dejarse blanco en el cuerpo de estos ni á continuación, ni ponerse asie marginales, ni hacerse interlineaciones, raspaduras ni enmendadur-

subsanar los errores por contrapartidas regulares, ni borrarse los asientos en todo ni en parte.

El que quiera emplear el medio de pruebas de los libros de comercio, debe expresar en su escrito de promoción determinadamente las cuentas, partidas ó puntos relacionados con la cuestión que se ventila para que se haga impección ocular y se compulse copia de lo conducente: diligencias que necesariamente habrán de practicarse en la misma oficina mercantil del comerciante, por no poderse obligar á trasladar sus libros fuera de ella. Tampoco podría acordarse ni á solicitud de parte, ni de oficio, la exibición ni examen general de los libros, salvo en los casos de quiebra y los demás en que lo permite la ley.

La prueba de los libros no excluye la contraria que quiera oponerse, que puede hacerse por testigos ú otro medio legal; pero sin desvirtuar la regla dada antes que no puede acojerse solo lo favorable sin aceptar lo adverso en la conbinación que de ellos resulte. Y la prueba de la regularidad ó irregularidad de los mismos libros puede hacerse por los medios legales apropiados, como vistas oculares y experticias.

Respecto de registros y papeles domésticos la ley no los defiine ni determina. Pero á juicio de los autores los *papeles domésticos* comprenden, en su acepción usual, todos los escritos y notas reunidos en legajos ó conservados en hojas sueltas, firmados ó nó, que una persona, no obligada á ello, redacte con la intención de conservarlos para fijar el recuerdo de hechos jurídicos ó de cualquier acontecimiento. Y los *registros domésticos* designan más especialmente una reunión de hojas formando cuadernos, en las cuales una persona inscribe sucesivamente los actos de su administración doméstica, sus entradas, gastos, compras, ventas etc, *(Aubry et Rau)*.

El que haya de utilizar esta prueba, debe presentar los documentos ó registros para agregarlos á los autos, ó para tomar de ellos lo que sea conducente, segun el caso; y hacer respecto de ellos los recocimientos ú otras pruebas complementarias que la parte promueva oportunamente, si es que están tales papeles en su poder. Si están en poder del adversario tendrá el promovente que usar de la acción *ad exhibendum*. Y si están en poder de tercero, habrá que distinguir si son de su exclusiva propiedad, caso en que no podrá obligarsele á la exibición, ó si son comunes á él y al provente, que entonces podrá emplearse dicha acción.

En cuanto á las *tarjas* explican los autores que consisten en padazos de madera abierta en dos, de que se sirven dos personas para comprobar las provisiones que uno entrega y la otra recibe, conservando cada cual una de aquellas partes de la tarja. En cada entrega se reunen esas dos partes y se le hace un corte trasvensal que abraze á ambas. Cada corte marca una entrega, y el total de ellos indica la cantidad de la provisión, con tal que las marcas correspondan en uno y otro pedazo, al unirlas.

Sin duda que por ser ese medio de prueba semi-preconstituido, ó sea establecido antes del juicio, lo coloca la ley entre la prueba escrita, asimilándolo á ella, por la probabilidad de verdad que en si lleva. Por lo mismo necesita la prueba complementaria, que debe ser promovida oportunamente, para acudir al empleo de la tarja, que presentará, la naturaleza de provisión, el número ó cantidad de cada entrega etc. El adversario puede ar y combatir tal prueba por todos los medios legales.

onocemos ya, pues, los documentos públicos y privados y los demás uentos de prueba escrita que admite el Código Civil. Volvamos ahora á artículos insertos en la cabeza de este Estudio.

l 324 dispone que no se admitan después los documentos, en que funde ector su demanda, que no fueron producidas con el libelo, como se le

exige en al tratado de la demanda, ni respecto de los cuales designó tampoco la oficina ó lugar en que se encuentran. En el estudio de la demanda expusimos extensamente lo que creímos del caso respecto de esas dos disposiciones legales.

Ahora sólo nos parece necesario volver á hacer notar que no deben confundirse esos documentos en que se funda la acción, ó de que ésta se deriva, con los demás que quiera el actor traer al juicio en apoyo de la misma demanda, ó crea conducentes para reforzar sus fundamentos, ó bien para combatir lo que se alegue en la contestación. También juzgamos oportuno recordar que la ley no hace distinción entre el documento público y el privado para los efectos de producirlo con la demanda si de él se deriva la acción; de suerte, que sea de una ú otra especie, ha de ser producido con el libelo, ó indicar la oficina ó lugar donde se encuentre. Esa indicación no suple la presentación misma, pero puede ser urgente para el actor instaurar su demanda sin poder detenerse á conseguir el documento, y el demandado con la indicación, puede ocurrir á la oficina ó lugar designados á imponerse de él. Pasada la oportunidad de la presentación ó designación, el demandado puede oponerse á la admisión del documento, y el Juez tendrá que rechazarlo.

Pero la ley pone dos casos de excepción, perfectamente justificados,—el de ser documento de fecha posterior, pues mal podría entonces exhibirlo con el libelo ni indicar el lugar de su existencia—y el de que, aun siendo anterior, no tuviese conocimiento de él; cosa que debe aparecer de las circunstancias mismas, ó bien de la prueba que al efecto haga, pues no podrá pasarse por su simple dicho.

Agrega el artículo en el aparte, que en esos casos de excepción, si los documentos son privados, así como en cualquier otro caso en que deba usarse un documento privado, debe presentarse con el escrito de promoción, ó anunciarse en este de donde deba compulsarse, y pedir su reconocimiento, confrontación ó cotejo.

Una cuestión se ha suscitado sobre este último punto, y es en sustancia, si en las palabras de la ley, *y en cualquiera otro* (caso), *siendo el documento de esta especie* (privado) puede ó no comprenderse una prueba de testigos evacuada en otro expediente relacionado con el que se sigue, que se encuentra archivado en el Registro Público, respecto de la cual se pide en el escrito de promoción que se traiga de aquella oficina copia auténtica de los folios tales y cuales donde corren los interrogatorios y las declaraciones, y se pide también en la promoción que los testigos ratifiquen sus dichos. Los jueces negaron la prueba, apoyándose en que respecto de testigos, dispone otro artículo del Código que con el escrito de promoción se presenten la lista de aquellos y los interrogatorios, y que después no se admitan otros. ¿No están dichas copias en el caso de cualquier documento hasta auténtico, que bien pudiera producirse aun en último informe? Nos parece que sí, y que por tanto no ha podido desecharse la prueba; ó es que el hecho de pedir la ratificación constituye una nueva prueba de testigos, y ha de prescindirse de la verdad, de ser una prueba ya hecha en otros autos, donde se presentaron los testigos y los interrogatorios? Nos parece una interpretación tanto más inaceptable por rigorosa, cuanto que los Tribunales tienen siempre el derecho de apreciar el mérito de la prueba para un fallo defi sin exponer la causa á una reposición por causa de indefensión. Ref dose el artículo 325 á los documentos privados, cartas ó telegramas p nientes de la parte contraria, dice que ésta deberá admitirlos ó tac dentro del término fijado en el artículo 1309 del Código Civil el cu «Los documentos privados pueden ser tachados ó redargüidos de fa tacha ó redargución deberá efectuarse en el acto del reconocimie la contestación del de la demanda, ó en la quinta audiencia des producidos en juicio, si antes no hubieran sido presentados para el

miento ó en apoyo de la demanda, á menos que la tacha verse sobre el reconocimiento mismo» El dicho artículo 325 agrega: «Pasado ese lapso sin tacharlos (más propio pasadas esas oportunidades) se tendrán como verdaderos en su contenido y firma.

Y luego el artículo 327 dispone que los documentos públicos que no hayan debido producirse con la demanda, ya por no derivarse de ellos la acción, ya por la excepción que hace el artículo 324, podrán producirse en todo tiempo hasta los últimos informes.

Como uno de los medios de defensa de las partes respecto de los documentos ó copias que existan en juicio, permite el artículo 1305 del Código Civil que se lleve á cabo su confrontación con el original ó copia que estén depositados en una Oficina Pública. Con ello se patentiza la fidelidad ó se comprueba cualquiera alteración ó error.

Y los artículos 1307 á 1310 del mismo Código Civil se ocupan de la tacha de los documentos públicos ó privados. Pero esta materia corresponde al § siguiente, en que vamos á ocuparnos.

§ 2º

De la tacha de los documentos

Art. 328. Cuando un instrumento público fuere impugnado por acción principal en juicio civil, por decirse que se omitió en el otorgamiento alguna formalidad esencial, ó que no se cumplió ésta de la manera preceptuada por la ley, ó que se omitió alguna mención también esencial ordenada por la ley, se dará al asunto la tramitación del juicio ordinario; y si la demanda fuere contradicha, ordenará el tribunal inmediatamente después de la litis-contestación, la inspección y confrontación de los protocolos ó registros para poner constancia de su conformidad ó nó con el documento producido, y de cualquiera irregularidad que en aquellos se noten.

No se admitirá prueba sobre el punto, á menos que de la inspección ó confrontación resultare la necesidad de esclarecer algún hecho notado, en cuyo caso la prueba recaerá solo sobre él, determinándolo con precisión el tribunal.

Si los protocolos ó registros estuvieren en lugar distinto del en que se sigue el juicio, se dará comisión al Juez de mayor categoría en primera instancia en aquella localidad, enviando el documento producido, previa certificación, para las expresadas diligencias.

Art. 329. La negativa de pruebas sobre la impugnación del documento no impide que se acuerde el lapso probatorio respecto cualquier capítulo diferente de aquella impugnación, que tuviere la demanda, si á ello hubiere lugar.

En la sentencia definitiva se pronunciará sobre la impug- del documento.

Art. 330. Si fuere tachado ó redargüido de falso un documento público en cualquier estado ó instancia de la causa, por alguno de los motivos que expresa el artículo 1307 del Código Civil, el tribunal llevará ó hará llevar á cabo la inspección y confrontación preceptuadas en ese mismo artículo, y procederá en lo demás de la manera allí prevenida, debiendo ser el lapso probatorio de la incidencia, si fuere acordado, de ocho días, que podrá extenderse hasta quince, caso de ser así necesario.

Las pruebas, si las hubiere, se llevarán en cuaderno separado; pero el punto de la tacha será decidido en la sentencia definitiva.

ESTUDIO 98.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—En los Códigos anteriores sólo teníamos el artículo 1256 del Civil de 1873, igual á su correlativo de 1880, que decía: «El instrumento público hace plena fé de la convención que contiene y de los hechos sucedidos en presencia del funcionario público que autoriza el acto».

«*Sin embargo, en caso de procedimiento criminal por falsedad del documento, la ejecución de este se suspende si se libra decreto de prisión.* Pero el de 1880 agregaba esto: «Mientras no se haya librado este, el Juez podrá, según las circunstancias, suspender provisionalmente la ejecución del documento».

Y en el Código de Procedimiento, esta disposición: «Las incidencias que ocurran *sobre tacha de documentos* ú otras semejantes se sustanciarían sin suspender el término probatorio; pero si no estuvieren sustanciadas cuando la causa principal esté en estado de vista, se suspenderá esta durante el tiempo que falte para la sustanciación de tales incidencias, si fuesen de naturaleza que puedan influir en la decisión del asunto principal.

DERECHO ESPAÑOL.—Ley 115 tit. 18 Part. 3ª que tiene este mote. «Por cuales razones las cartas públicas que aducen las partes ante los Judgadores, deben ser creydas, é por cuales non». «Adusen las partes muchas vegadas en juycio antel Juez cartas públicas para probar sus intenciones: é la parte contra quien usan de la carta dice contra ella que non debe ser creída porque aquel que la fizo e cuyo nombre está escrito en la carta non es Escribano público. E quando tal contienda acaeciere, decimos que el Judgador deve mandar que aquel que muestra la carta en juyzio, si se quiere ayudar della, que lo averigue provando que aquel ome, que dice en la carta que la fizo, era Escribano público, ó era fama entre los omes de aquel lugar, que lo era, e usaba de aquel menester. E provando alguna destas razones deve ser creyda la carta en juicio; más si alguna dellas non pudiesse provar, non deve valer nin ser creyda en juicio. E si por aventura el escribano público, cuyo nombre fué inscrito en la carta, viniesse antel Judgador é dixerse que él no escribiera aquella carta, debe ser creydo, y la carta desechada por falsa, non probando la parte el contrario. Mas si él otorgasse que verdad era que la escriviera, é los testi[illegible] fuessen escritos en ella, dixessen que non se acertaran y, quando [illegible]to fué puesto, nin otorgado de los partes assi como es escrito [illegible] entonces deximos, que si el escribano es ome de buena fama, [illegible]ren en la nota que es escrita en el registro, que acuerda con la ca[illegible] deve ser creydo el Escribano e non los testigos, e deve valer la carta. [illegible]to es porque muchas veces acontece que los omes son testigos de p[illegible] que non se acuerdan después. Onde, pues que la nota acuerda con [illegible]

e el Escrivano es ome de buena fama, razón es que sea creydo. Ca por esso escriven los omes los pleytos, porque maguer aquellos que las fazen e los testigos ante quien fueren fechas, non se acordassen dellas, que finque por siempre remembrarse de como pensaron e en que guissa fueron puestas. Pero si el Escribano non fuesse de buena fama, e los testigos fuessen más buenos, e el pleyto e la fortuna que dice en la carta, oviesse poco tiempo que fuesse fecha; entonces acordándose todos los testigos de la carta en suso deven ellos ser creydos, é non el Escribano».

Véase también la ley anterior á esta incerta.

DERECHO ROMANO.—Falsum est quod animo corrumpendæ veritatis in al terius fraudem dolo malo *fit. C. Lib. IX tit 22 nd leg. Corn.*

Falso es lo que se hace con ánimo de corromper la verdad y con dolo malo.

EXPLICACIONES

Estado anterior de nuestra legislación. Las disposiciones que vamos á estudiar son enteramente nuevas en nuestro Código Civil y de Procedimiento Civil; debidas á las reformas hechas por la Comisión revisora de 1895.

Por los antecedentes que citamos á la cabeza de este Estudio, podemos comprender el estado en que se encontraba la materia de la tacha de documentos, antes de aquellas reformas. Con frecuencia surgían cuestiones difíciles de resolver con una legislación tan deficiente y sin maestros que pudieran guiar en las complicaciones que ocurrían; haciendo necesarias labores prolijas y estudios comparativos delicados por los materiales diversos, los más de legislaciones extranjeras, que era conveniente consultar. Nosotros mismos nos vimos en el caso de hacer un estudio especial en el caso concreto de ataque á un testamento.

Empezamos estableciendo lo siguiente. «Puede pretenderse la nulidad de un documento público ó bien porque se alegue que el Registrador, por ignorancia, por descuido, por error, por olvido ú otra causa que no constituye delito, dejó de llenar en el documento las formalidades que la ley exige para su validez, ó bien porque se atribuya al Registrador haber faltado á la verdad, haber certificado mentiras, haber contribuido á sabienda á un engaño, á una falsedad, á una adulteración, ó haber obrado de cualquiera otro modo que constituya un delito». «Uno y otro caso son tan distintos que no pueden ser confundidos. En el primero la idea que domina es la de una falta por omisión de alguna formalidad, ó por haberla llenado de modo incorrecto, imperfecto, erróneo ó deficiente: la materia es civil, conoce de ella el Tribunal civil, y la prueba de la falta tiene necesariamente que aparecer en el documento mismo, como estar de menos las firmas de las partes, de los testigos ó del Registrador, olvido de la lectura necesaria, omisión de certificación de cualquiera circunstancia exigida por la ley etc. En el segundo la idea dominante es la de haberse cometido una falsedad, una alteración de la verdad, un fraude, un engaño: la materia es criminal, no puede conocer de ella el Juez Civil, y requiere la correspondiente inquisición y resolución, que toca á la justicia ordinaria criminal. . . . »

Y tras un largo estudio de las disposiciones legales y exposiciones de l tores franceses é italianos, concluimos así:

gobiaríamos al Tribunal si decidiéramos continuar trayendo aquí la c ina de los grandes maestros para establecer que el instrumento públi- c ó acto auténtico hace plena fé de lo certificado con las formalidades le- g es por el funcionario público llamado á ello, como ejecutado por él ó l ado á su presencia: que de esa fé no puede ser privado sino por senten- c e lo declare falso; y que para llegar á ello, en Italia, como en Fran-

cia, se requiere necesariamente ó proceder en juicio criminal por falsedad, ó la *querella civil de falso* en la primera, ó la *inscripción civil de falso* en la segunda, para ser admitido á probar contra el instrumento, negándose todo otro medio de prueba si no se obra por esas únicas vías legales».

«En Venezuela, donde está consagrada por la ley la misma plena fé al instrumento público, y no existen esos procedimientos especiales civiles de falsedad, hablando sólo la ley de procedimiento criminal por falsedad, no hay otros medios para echar por tierra el documento público, que ese procedimiento criminal. Si se objeta sólo por falta de formalidades, basta el examen comparativo entre las leyes que establecen estas, y el contenido del documento».

Disposiciones actuales: consideraciones. Expuesto así, en síntesis, lo que teníamos y ha quedado atras por virtud de las últimas reformas, vamos á estudiar estas y á establecer lo vigente y su manera de entenderlo y aplicarlo.

No perdamos de vista la extrema importancia de la fé debida á los instrumentos públicos, como base de la seguridad y la confianza sobre que reposa la riqueza toda del país. Y recordamos estas notables palabras de *Demolombe*: «Y en fin, es preciso para la seguridad social y el reposo de las familias que haya algo cierto: es preciso que la ley ofrezca á las partes un medio de constatar, una vez por todas, sus derechos sólidamente, sin estar obligados á hacer más tarde, en cierto modo, la prueba de su prueba: tal es precisamente el título auténtico . . . *probatio probata non probanda*, según la palabra del Presidente *Favre* . . . De otro modo, exclama *M. Teste*, no habría en la sociedad, ni paz, ni seguridad: ¿qué serían los actos de adquisición, los contratos de toda especie, si no pudieran ser opuestos á tercero»?

Falsedad civil. Para el mejor método y la mayor claridad contraemos el presente estudio á la *tacha civil* de los documentos, como lo llaman los autores para lo cual hemos copiado solo los artículos del Procedimiento que á ella se refiere, y copiaremos también la disposición del Código Civil correlativo; dejando para el estudio siguiente los que se contraen á la *tacha por falsedad* ó tacha *criminal* de los mismos. Así quedará hecho el estudio de uno y otro punto, con entera separación.

El artículo 1307 del Código Civil dice: «El instrumento público puede ser impugnado en juicio civil con *acción principal* ó como nulo é ineficaz, ó *redargüido* de tal en el mismo juicio, cuando se pretenda que se ha *omitido* en el otorgamiento alguna *formalidad esencial*, ó no se ha *cumplido* esta de la manera preceptuada por la ley, ó se ha *omitido* alguna *mención*, también esencial ordenada por la ley. En tal caso la *impugnación* ó la *tacha* se sustanciarán y decidirán por el procedimiento especial establecido en el Código de Procedimiento Civil».

Este distingue los dos casos; impugnación con *acción principal* y *tacha incidental.*

Impugnación con acción principal- Con referencia á lo primero, el artículo 328 dispone que se dé al asunto la tramitación del juicio ordinario. De suerte que el actor, que impugna el documento con *acción principal*, debe proponer su demanda especificando las formalidades esenciales omitidas, ó las maneras ilegales con que fueron cumplidas, ó las menciones legales que se omitieron; y se manda citar al demandado en la forma ordinaria, para que concurra á contestar la demanda.

Si se conviene en la demanda, quedará terminado el juicio, [illegible] todos los ordinarios. Pero si fuere contradicha, dispone el artículo, que e[illegible] bunal ordene inmediatamente después de la contestación, la inspección y [illegible] frontación de los protocolos ó registros para poner constancia de su conf[illegible] dad ó nó con el documento producido, y de cualquiera irregularidad [illegible] aquellos se note.

El primer aparte del artículo dice: «No se admitirá prueba sobre el punto, á menos que de la inspección ó confrontación resultare la necesidad de esclarecer algún hecho notado, en cuya caso la prueba recaerá sobre él, determinándolo con precisión el Tribunal». La razón de la disposición es obvia.

El Código Civil y la ley de Registro establecen todas las formalidades esenciales, y su modo de llenarlas, y todas las menciones esenciales, para el otorgamiento del respectivo documento. Si de la inspección y confrontación resulta que todo ha sido llenado correctamente, el documento es perfecto conforme á la misma ley, no tiene pero, y el se basta por si sólo para merecer entera fé. No hay, pues, más que inquirir; no hay nada sobre que pueda recaer una prueba pertinente y útil.

Más si en la inspección y confrontación se notó alguna irregularidad, de la cual se puso, como era debido, la constancia correspondiente, toca al Tribunal ver si hay ó no necesidad de esclarecer algún hecho esplicatorio de la irregularidad; y si las partes pretenden hacer pruebas, porque quieran esplicarla de modo distinto, el mismo Tribunal determina con precisión el hecho sobre que haya de recaer la prueba. Supóngase, por ejemplo, que se notó que unas firmas están puestas con tinta distinta de la usada en otras; y que una parte pretenda que ello demuestra que el otorgamiento tuvo lugar en actos distintos, y presentes unos y no otros; y la otra parte, que el hecho se debió simplemente á la existencia sobre la mesa en que se firmó, de diversos tinteros con tintas más ó menos espesas, más ó menos claras. El Tribunal puede ordenar que la prueba se limite á ese solo hecho. Y puede suceder que la irregularidad sea tan insustancial, que el Tribunal no encuentre nada que esclarecer: unas firmas v. g. cubren las estampillas inutilizadas, y otras nó. ¿Qué hay que averiguar?

Tiene cuidado el legislador de prever el caso de no encontrarse los protocolos ó registros en el mismo lugar del juicio; y como el asunto es delicado ordena que se le dé comisión para la inspección y confrontación, al Juez de mayor categoría en la Instancia del lugar donde deben hacerse. En tal caso no quiere confiar la comisión á los jueces inferiores.

Y tiene también el legislador el cuidado de prever que con la acción principal de impugnación del documento, se hayan deducido otras en el libelo, de modo que la demanda comprenda orros puntos distintos de aquella impugnación; y eso para el efecto de disponer, por una parte, que la negativa de prueba sobre la impugnación no impide que se abra el lapso probatorio respecto de esos otros puntos diferentes de aquella; y por otra, que la sentencia definitiva pronuncie siempre sobre la impugnación. No podía ser de otro modo, puesto que la sustanciación como el fallo, han de comprender todo lo demandado.

Impugnación incidental. Entremos ya en el otro caso, de impugnación del documento público, nó por acción principal, sino como incidente de un juicio. El artículo 330 dice: «Si fuere tachado ó redargüido de falso un documento público en *cualquier estado* ó *instancia* de la causa, por alguno de los motivos que expresa el artículo 1307 (los que hemos indicado ya) el Tribunal llevará ó hará llevar á cabo la inspección y confrontación preceptuadas en ese mismo artículo (mejor dicho en el 228 del Procedimiento que hemos estudiado), y procederá en lo demás de la manera allí prevenida, icando ser el lapso probatorio de la incidencia, si fuere acordado, de ocho que, podrá extenderse hasta quince, caso de ser así necesario».

Las pruebas, si las hubiere, se llevarán en cuaderno separado; pero el de la tacha será decidido en la sentencia definitiva».

procedimiento en este segundo caso es el mismo que en el primero. ...ado por falsedad civil el documento, en el libelo de la demanda al acompaña, sea en cualquier estado ó instancia de la causa en que

se produzca, se procede inmediatamente á la inspección y confrontación con los protocolos ó registros, sin admitir ninguna otra prueba, salvo la que fuere necesario para esclarecer algún hecho notado en la inspección y confrontación, el cual hecho ha de determinar con precisión el Tribunal. Las solas diferencias serán que en el caso primero toda la prueba que haya de hacerse tendrá lugar en el mismo expediente y dentro del lapso probatorio; y en el segundo se llevará en cuaderno separado, y debe hacerse en el término de ocho días, que podrá extenderse hasta quince, si fuere necesario.

La decisión se librará siempre en la sentencia definitiva.

Como la ley faculta á las partes para producir el documento público (que no sea fundamento de la demanda) en cualquier estado hasta los últimos informes para definitiva y en todas las instancias, claro es que la incidencia de la tacha puede ser provocada por una ó por otra parte, contra el documento que presente la contraria, y que la incidencia nace tras de esa presentación, sea cual fuere la oportunidad y la instancia.

Impugnación en la contestación de la demanda. Hasta aquí todo nos parece claro. Pero surge una duda, á saber, ¿Cómo se considera la tacha cuando se opone como excepción principal á la demanda, á la cual se ha acompañado el documento? ¿Como materia del juicio principal, ó como tacha incidental, objeto de una incidencia? Interesa resolverlo; pues que hemos visto que en el primer caso la prueba, si la hay, se hace en el mismo expediente y gozando del lapso probatorio del juicio, y en el segundo en cuaderno separado y dentro del lapso de ocho ó quince días. Para nosotros el caso no es de tacha incidental, que nace en el curso del juicio por presentación de un nuevo documento, sino de defensa ó excepción principal opuesta á la acción principal, y es parte integrante del mismo juicio principal, de tal suerte que la disposición sobre la sentencia definitiva dice que debe contener decisión expresa, positiva y precisa, con arreglo á las acciones deducidas y á las excepciones opuestas. El debate es, pues, del juicio principal, y no de una incidencia sobrevenida en él.

Sigamos adelante.

Art. 331. Cuando un intrumento público ó que se quiera hacer valer como tal, fuere impugnado con acción principal, como falso, alegando alguno de los motivos expresados en el artículo 1308 del Código civil, el demandante explanará en su libelo los motivos en que se funda, exponiendo detalladamente los hechos circunstanciados que le sirvan de apoyo y que se proponga probar; y el demandado en su contestación á la demanda, declarará expresamente si en efecto quiere ó nó hacer valer el documento, y, caso afirmativo expondrá los fundamentos y los hechos circunstanciados con que se proponga combatir la impugnación.

Si presentado el documento en cualquier estado y grado de la causa, fuere tachado ó redargüido de falso, por las mismas causales, el tachante, dentro de la quinta audencia, presentará escrito formalizando la tacha, con la explanación de los motivos y exposición de los hechos circunstanciados que quedan expresad el presentante del documento contestará en la tercera audien declarando así mismo expresamente si insiste ó nó en hacer val documento, y los motivos y hechos circunstanciados con q proponga combatir la tacha.

En cualquiera de los dos casos de este artículo, en

interesado manifieste que no insiste en hacer valer el documento, se declarará terminado el punto de la impugnación ó tacha, y quedará desechado aquél del proceso, que seguirá su curso legal para el efecto de sentenciar y decidir cualesquiera otros puntos que contuvire la demanda distintos de la impugnación, ó para la sustanciación y decisión del juicio en que se propuso la tacha.

Art. 332. Si por la declaratoria de que se insiste en hacer valer el documento, deba seguir adelante el juicio de impugnación ó la incidencia de la tacha, en los casos del artículo precedente, la sustanciación sobre el punto se hará en cuaderno separado, observándose las reglas siguientes:

1ª Tanto la falta de contestación á la demanda de impugnación como la falta de contestación al escrito de tachas, producirán el efecto que dá este Código á la inasistencia del demandado al acto de la litis-contestación.

2ª En la segunda audiencia despues de la contestación, ó del acto en que esta debiera tener lugar, el tribunal podrá desechar de plano, por auto razonado la prueba de los hechos alegados, si aun probados, no fueren suficientes para infirmar el documento. De este decreto habrá lugar á apelación en ambos efectos, si se interpusiere dentro de tercera audiencia.

3ª Si el tribunal encontrare pertinente la prueba de alguno ó de algunos de los hechos alegados, determinará con toda precisión cuales ó aquellos sobre los cuales ha de recaer la prueba de una y otra parte. A ellos se limitarán los interrogatorios de estas, pudiendo el tribunal desechar las preguntas incongruentes. Con los interrogatorios serán presentadas las listas de testigos, con indicación de sus domicilios ó residencias, en la segunda audiencia después de la dicha determinación del tribunal.

4ª Si no se hubiere presentado el documento original sino traslado de él, el Juez ordenará que el presentante manifieste el motivo de no producir el original, y la persona en cuyo poder esté, y prevendrá á ésta que lo exhiba.

5ª Es prohibido hacer rendir declaraciones anticipadas al funcionario y testigos que intervieron en el acto del otorgamiento, y caso de hacerse, no serán admitidas en juicio.

6ª Antes de proceder á la evacuación de las pruebas pro-
..das por las partes, y sin pérdida de tiempo, el tribunal se
sladará á la oficina en que aparece otorgado el documento,
á minuciosa inspección de los protocolos ó registros, confron-
á estos con el documento producido y pondrá constancia
..llada del resultado de ambas operaciones.

Si el funcionario y los testigos, ó alguno de ellos residieren

en la localidad, los hará comparecer tambien el Juez ante la dicha oficina para que teniendo á la vista los protocolos ó registros y el documento producido, declaren con precisión y claridad si tuvo lugar en efecto el otorgamiento, si los hechos pasaron como alli se relatan y si son suyas las firmas que aparecen como estampadas por ellos. Si alguno se retractare de la verdad de lo expuesto en el otorgamiento, deberá dar explicación precisa de los motivos de su retratación.

Si la oficina estuviere fuera del lugar del juicio y el funcionario y los testigos ó alguno de ellos residieren allí, se dará comisión al Juez de mayor categoría en primera instancia de la localidad para las operaciones y declaraciones expresadas.

Si fueren distintos el lugar de la oficina y el de la residencia del funcionario y testigos, ó alguno de ellos, se darán las respectivas comiciones á los diversos Jueces superiores en primera instancia.

Y si hubieren muerto el funcionario ó alguno de los testigos, ó no se supiere su paradero, se citarán dos parientes próximos, ascendientes, descendientes ó hermanos para que reconozcan las respectivas firmas del fallecido ó ausente y depongan lo que sepan sobre los puntos que se inquieren.

En todo caso, tanto al funcionario como á los testigos se leerán también los escritos de impugnación ó tachas y sus contestaciones, para que declaren sobre los hechos allí alegados; haciéndose las correspondientes inserciones en los depachos que se libren.

7ª Las partes no podrán repreguntar al funcionario ni á los testigos; pero podrán indicar al Juez las preguntas que quieran que se las hagan; y el Juez las hará, si fueren pertinentes, en tértérminos claros y sencillos.

8ª Si alguna de las partes promoviere prueba de testigos para demostrar coartada, no será eficaz si no deponen de absoluta conformidad cinco testigos, por lo menos, que sepan leer y escribir, mayores de toda excepción y de edad bastante para conocer los hechos pasados en la época del otorgamiento del documento.

Las partes y aun los testigos podrán producir documentos que confirmen ó contraríen la coartada, y que puedan obrar en el ánimo de los Jueces.

9ª Si alguna de las partes promoviere experticia p... paraciones de firmas ó letras, los documentos con que se la comparación deben ser públicos, y si no se ence de esta clase podrán servir los privados, si son aceptad ambas partes, ó si están reconocidos por quien los suscri

10ª Cuando del procedimiento resultaren indicios g

suficientes del delito de falsedad, si los autores ó cómplices viven y la acción penal no se ha extinguido, el tribunal ordenará que se pase copia de todo lo conducente al tribunal del crimen competente.

Como consecuencia de esa providencia, la causa civil quedará en suspenso hasta que se haya decidido definitivamente el juicio penal, salvo que el tribunal encuentre que la causa ó algunos de sus capítulos pueden ser decididos independientemente del documento impugnado ó tachado, en cuyo caso continuará la causa civil.

Tambien continuará la causa civil para efecto de establecer difinitivamente el valor que deba darse en ella al documento, cuando á pesar de haber los indicios graves de falsedad indicados, no pudiere seguirse el juicio criminal por no existir los autores ó cómplices ó haberse extinguido la acción penal.

11ª Si el funcionario y los testigos instrumentales sostuvieren sustancialmente la verdad del documento y de los hechos del otorgamiento, no serán suficientes para desechar sus dichos cualesquiera divergencias en detalles ó faltas de recuerdo, si han trascurrido algunos años, ó la edad ha podido debilitar la memoria de los declarantes.

Si todos ó la mayor parte de los testigos instrumentales y el funcionario sostuvieren sustancialmente la verdad del documento sólo podrá desecharse éste cuando resulte, sin duda posible, una prueba concluyente de la falsedad.

En caso de duda se sostendrá la verdad del documento.

12 En la sentencia podrá el tribunal, según el caso y sus circunstencias, ordenar la cancelación en todo ó en parte, ó la reforma ó renovación del documento que declare falso en todo ó en parte; y además de las costas, impondrá la indemnización de perjuicios al que hubiere impugnado ó tachado el documento con temeridad.

13ª El tribunal nombrará un fiscal que intervenga en la articulación, é informe para sentencia ó transacción, como parte de buena fé.

14ª Cualquiera transacción de las partes necesitará para su validez, además del informe del fiscal, la aprobación del tribunal, s la encontrare contraria á la moral ó al orden público.

a Si se hubiere librado ya sentencia firme que reconozca l dad de un instrumento público, no podrá abrirse nuevo c te sobre ella en juicio civil, respetándose la ejecutoria.

rt. 333. En el caso de impugnación ó tacha de documento I ado, se observarán las reglas precedentes en cuanto sean aplica-

ESTUDIO 99.

ANTECEDDNTES.

No tenemos otros en cuanto á tachas é impugnación de documentos, que los indicados en el Estudio precedente.

EXPLICACIONES

Necesitamos tener aquí á la vista las disposiciones del Código Civil referentes á la tacha de falsedad de los documentos, como hicimos en el estudio precedentes. Esos artículos son los siguientes.

«1308. Puede también ser impugnado en juicio civil con acción principal, ó redargüido incidentalmente como falso, el instrumento público, ó que se quiera hacer valer como tal, cuando se alegue que en él aparece una convención ó declaración que no ha tenido lugar, ó que se ha cometido alguno de los actos calificados de falsedad en el Código Penal. En tal caso se procederá también de la manera especial preceptuada en el Código de Procedimiento Civil, sólo para los efectos civiles».

«1309. Los documentos privados pueden ser tachados ó redargüidos de falsos. La tacha ó redargución deberá efectuarse en el acto del reconocimiento, ó en la contestación de la demanda, ó en la quinta audiencia después de producidos en juicio, si antes no habían sido presentados para el reconocimiento ó en apoyo de lo demanda, á menos, que la tacha verse sobre el reconocimiento mismo».

«1310. Si durante el juicio civil en que se hace valer un documento público ó privado, háyase ó no tachado ya, se procediere en juicio criminal ante el Juzgado competente por falsedad del mismo documento, el Juez civil suspenderá el curso del juicio en el caso de que se libre auto de prisión por razón del delito expresado, siempre que el documento sea necesario para resolver la acción propuesta ó la excepción deducida».

Mientras no se haya librado acto de prisión, el Juez podrá, según las circunstancias, suspender provisionalmente el juicio ó su ejecución.

Es también indispensable conocer las disposiciones que se citan del Código Penal, y que están contenidas en sus artículos del 279 á 288.

En sustancia, son actos de falsedad según ellas.

1º La formación, en todo ó en parte, de algún acto falso, ó la alteración de alguno verdadero, de parte de un funcionario público en ejercicio de sus funciones, asimilándose á los actos originales las copias auténticas de ellos.

2º La atestación como ciertos y pasados en su presencia, por parte del funcionario, de hechos ó declaraciones no conformes á la verdad, y la omisión ó alteración de declaración que hubiere recibido.

3º La simulación, por parte del funcionario, de una copia de algún acto público supuesto, expedida en forma legal, ó la copia de un acto pú li-
ferente del original, no estando este alterado ó suprimido; ó bien fals o-
metida en alguna certificación ó testimonio referente al contenido d s.

4º Falsedad por un particular, en un acto público de la mi ie
indicada en el número primero.

5º Falsedad cometida también por particular en la copia de to
público, sea suponiendo el original, sea alterando una copia auténti n
fin expidiendo una copia contraria á la verdad.

6º La atestación falsa ante un funcionario público ó en algún acto público de la identidad ó estado de su propia persona ó de la de un tercero, ó de otros hechos cuya autenticidad debiese comprobar el acto; comprendiéndose los actos del estado civil ó de la autoridad judicial.

7º La falsedad por parte de un individuo, de escritura privada, falsificándola, ó alterándola; comprendiéndose los testamentos otorgados sólo ante testigos, las letras y libranzas de cambio y todos los títulos de crédito, al portador, ó trasmisibles por endoso.

8º Las falsificaciones de licencias, pasaportes, itinerarios ó permisos de residencias, ó en registro privado para datos á la autoridad, ó en otras certificaciones que según la profesión ó condición particular puedan ser expedidas legalmente.

Con todos los precedentes acumulados, entremos en el estudio de la materia.

Fuerza probatoria del acto público. Ya vimos la fuerza probatoria que el Código Civil atribuye al instrumento público; fuerza que aquel mismo permite rechazar y discutir con la tacha que autoriza para oponerle, sea por acción principal, ó por redarguición, alegando alguno de los casos de falsedad enumerados en el Código Penal, ó sea por falsedad criminal.

Delicada tiene que ser, por tanto, la materia, desde luego que es de interés y orden público, mantener como quiere el legislador, la plena fé debida al instrumento público verdadero, y al mismo tiempo evitar que pase como tal, y se le dé igual fé, al documento que sea falso, ó adolezca de tales defectos delictuosos que no merezca aquella fé. Esta misma observación explica por sí misma, la extrema prudencia y las multiplicadas precauciones del mismo legislador, en la tramitación que dá para poner en claro la verdad, cuando se trata de esa tacha criminal. Ni dar facilidades para echar indebidamente por tierra un instrumento público bueno, verdadero, ni darlas tampoco para que la mala fé haga pasar por medio de actos delictuosos, como legítima y verdadera, la obra del engaño y de la falsedad. Tal es el justo propósito del legislador.

Solo se trata de los efectos civiles. Lo primero que se ha de tener presente en esta materia, es que en el juicio civil, la intervención del Tribunal respecto de la impugnación ó tacha criminal, es sólo para los efectos civiles, esto es, para determinar la importancia é influencia del documento presentado con relación á la causa civil que se debate, y la fuerza probatoria que haya de reconocerle en ese juicio para poder librar sentencia. En la esfera penal nada tiene que hacer el Tribunal civil, porque es de la exclusiva incumbencia de los del crimen.

Y para dar una regla segura, el artículo 1310 del Código Civil dispone, que si se procediere en juicio criminal ante el juzgado competente, por la falsedad de un documento póblico ó privado que se haga valer en juicio civil, háyase ó no tachado aquel, el Juez civil, suspenderá el juicio que sigue, siempre que el Juez del crímen decrete auto de prisión por razón de la falsedad si el documento es necesario para resolver la acción propuesta ó excepción deducida en el mismo juicio civil. Y que mientras no se haya acordado prisión en el Juzgado del Crimen, el Juez del asunto civil podrá suspender provisionalmente este juicio ó su ejecución, según las circunstancias. De suerte que, ...ado el auto de prisión por causa de la falsedad, la suspensión del juicio ...l es obligatoria, y solo potestativa cuando habiéndose iniciado el procedi...ento criminal, (circunstancia que debe hacerse constar en el proceso civil) no ...ha librado tal auto.

Circunstancias para la suspensión. ¿Y cuáles serán las circunstancias que ...de tener presente el Juez qara usar ó nó de esa facultad de suspensión? ...que hemos dicho arriba, á saber, la importancia é influencia del docu-

mento en la cuestión civil debatida, los diversos puntos que esta abrace, y la necesidad del documento para poder decidir todos ó algunos de esos puntos porque sea ó no prueba indispensable en ellos. Claro es que si hay, ú ofrece el interesado, prueba cabal sobre todo lo discutido, sin el documento ó prescindiendo de él, no habrá necesidad de la suspensión; y si el documento es la base, el fundamento de la acción ó de la excepción, su necesidad es evidente y la suspensión se impone.

Contrayéndonos ahora al procedimiento, creemos indispensable hacer algunas anotaciones sobre las doctrinas legales, así francesas como italianas, en cuanto á la materia, pues, ellas son los antecedentes de lo establecido en nuestro Código de Procedimiento, en las últimas reformas.

El artículo 1319 francés dice: «El acto auténtico hace plena fé de la convención que contiene, entre las partes contratantes y los herederos ó causahabientes»

«Sin embargo, en caso de queja *en falso principal*, la ejecución del acto argüido de falso, será suspendida por la introducción de la acusación, y en caso *de inscripción de falso incidentalmente*, los Tribunales podrán, según las circunstancias, suspender provisionalmente la ejecución del acto.»

Y en su Código de Procedimiento no encontramos sino un título que lleva por mote, *De la verificación de la escritura*, y otro, *Del falso incidente civil.*

En Italia el artículo 1317 de su Código Civil dice: «El acto público hace plena fé de la convención y de los hechos pasados á presencia del Notario ú otro funcionario público que lo ha recibido.» «No obstante en el caso de *querella de falso* en vía penal la ejecución del acto impugnado como falso se suspende con el decreto de detención hasta que este sea revocado; ó en el caso de *querella de falso* en vía civil, la autoridad judicial puede, según las circunstancias, suspender temporalmente la ejecución del acto.»

Y en el Código de Procedimiento, además de su § sobre verificación de escrituras, existe otro, *De la falsedad de los documentos*, cuyo artículo 295 dice: «*La querella de falso* se puede proponer en juicio civil, sea como objeto principal de la causa, sea incidentalmente en el curso de esta.»

Observaciones de Borsari. *Borsari* en su obra de Procedimiento Civil, hablando de la falsedad de los documentos, trae estas observaciones generales: «El difícil y laborioso sistema de esta institución se debe al ilustre *D' Aguesseau* y aparece casi completo en la Ordenanza de 1737. Como nos fué trasmitida dejaba que desear una noción sugerida en verdad por la ciencia, que el Código había descuidado. Cual sea y en que modo proveyese á ella el nuevo Código, lo hacemos notar claramente con las siguientes palabras del ministro *Pisanelli:* «La querella de falso, como la acción contra «cualquiera otra contravención, se promueve regularmente en un juicio penal. «El Código de Procedimiento francés, subordinando excesivamente á este con«cepto sus disposiciones sobre dicha querella, describe el procedimiento del «*falso incidente civil*, y no habla del *falso principal* en vía civil. Los comen«tadores franceses no dejaron de notar ese dualismo ilógico de un *falso inci«dente civil* puesto en contraste con *falso principal* de naturaleza penal. La «querella de falso producida incidentalmente en un juicio civil puede resol«verse en un procedimiento penal, de modo que el incidente civil [illegible] «da á otro juicio en que la cuestión principal será el falso; pero [illegible] «diferencia intrínsica entre la contravención de falso y las otras con[illegible] «ciones, sucede por el contrario que la querella de falso principal [illegible] «promoverse de otro modo que en juicio civil.»

Porqué seguimos á los italianos. En nuestro Código de Procedimi[illegible] bimos seguir y seguimos las indicaciones de los italianos, con p[illegible]

á la teoría francesa, ya porque, creyéndolas más adelantadas en general, las hemos adoptado en varios otros puntos, y ya por la crítica fundada que hacen sobre el caso concreto, crítica en que los habían precedido los mismos franceses, entre ellos *Bonnier*, con estas frases, que cita el dicho *Borsari*: «La distinción de estas dos especies de *falso incidente* se concibe perfecta«mente; pero lo que es menos fácil de comprender es la expresión de *falso «principal*, aplicada como aquí se hace. Porque ¿qué relación hay entre es«ta idea y la de procedimientos criminales por falso?

Como consecuencia de tales observaciones el primer artículo del Código de Procedimiento italiano sobre la falsedad de los documentos, que es el 296, dispone. «La querella de falso se puede proponer en juicio civil, sea como objeto principal de la causa, sea incidentalmente en el curso de ella». «La querella se puede proponer aunque el documento haya sido reconocido como verdadero por las partes, exceptuando sólo el caso en que la verdad del mismo haya sido declarada por sentencia irrevocable en juicio de falso penal».

Explicándolo el mismo *Borsari* dice en sustancia: que el juicio de falso, por la naturaleza del hecho, es sobre todo criminal, porque se trata de una contravención, y de las más odiosas, viles y perjudiciales; pero que de ahí mismo proceden combinaciones enteramente civiles; pues que con la acción principal de falso pueden perseguirse el resarcimiento del daño ó las reparaciones civiles que de él se derivan, ó solamente la declaración del falso para anular el documento, quitarle el poder de dañar y libertarse de la amenaza de su existencia. De suerte que, como la acción penal persigue la pena, la acción civil se funda en los intereses económicos; pero puede suceder que por no conocerse el autor no puedan pedirse las reparaciones é indemnizaciones, y convenga sólo anular el documento. La acción civil y la penal sobre el falso son independientes; aunque no obstante la última ejerce tal influencia sobre la primera que, como hemos visto, obliga á suspender la acción civil el decreto de detención ó prisión, y en los demás casos hace potestativa la suspensión. Consecuencia de ello es que en los casos en que la acción penal no puede ejercitarse por haber muerto el autor del falso ó haberse prescrito, la acción civil para los efectos dichos, puede intentarse libremente.

Explica también el autor el aparte del artículo italiano que permite proponer la querella aunque el documento haya sido reconocido como verdadero por las partes, exceptuando solo el caso en que la verdad del mismo haya sido declarada por sentencia irrovocable en juicio civil ó penal. Y dice. «El reconocimiento de un documento sea cual fuere puede ser ilusorio (presunto) como nacida del solo silencio de la parte, ó puede ser erróneo porque se haya hecho sin conocimiento de causa. La verificación de escritura se basa sustancialmente en una presunción, la cual debe ceder ante la querella de falso, como cede la presunción que atribuye plena fé al instrumento público. Todo eso viene subordinado, por causa de orden superior, al juicio de falso,»

Aunque nuestra ley no contiene ninguna disposición idéntica á esa á que el autor se refiere, como aquella no le pone trabas á la impugnación ó tacha, el caso queda incluido en los términos generales de ella. En cuanto á la excepción italiana, en buen derecho no se podría prescindir de la cosa gada, librada ya sentencia irrevocable, declarando la verdad ó falsedad documento.

Cuestiones que resuelve el mismo autor. Se hace cargo luego *Borsari* de estas cuestiones. «*Si un deudor solidario puede inscribirse en falso contra un do-ento que fué reconocido como verdadero en confrontación del codeudor que inú-ente lo había intentado*». Y la resuelve negativamente citando á *Lepage*, *ré* y *Chauveau*, por que para el efecto de la deuda los codeudores solida-

rios se consideran como una sola persona. Y agrega, según *Carré*. «Fuera del caso que la querella no versare sobre el fondo del escrito, sino sólo sobre la firma del codeudor».

«*Un tercero que tuviera interés en sostener la verdad del documento, no pudiendo renovarse la querella, ¿qué método debería* seguir? Lo recto, dice, lo que se llama *oposición de tercero (Lepage*, y *Carré* y *Chauveau)* con qué objeto? Con el de apelar de la sentencia, de pedir su nulidad; pero no puede disimular su existencia ni hacer que no le venga opuesta, porque un documento no puede ser, ora falso, ora nó, con los cambiantes del iris».

Según nuestro Código como se inicia. Sabemos, pues, que se puede impugnar un documento público por falsedad criminal, con acción principal civil, para los efectos civiles que hemos indicado. En tal caso dice nuestro Código de Procedimiento que el actor debe expresar en su libelo los motivos en que se funda exponiendo circunstanciadamente los hechos que le sirvan de apoyo y que se proponga probar; y que el demandado en su contestación debe declarar expresamente si en efecto quiere ó no hacer valer el documento, y caso afirmativo, exponer á su vez los fundamentos y los hechos circunstanciados con que se proponga combatir la impugnación.

Esas exigencias de la ley nos parecen tan claras que no necesitan explicación. Quiere el legislador; que desde luego quede fijado, si se va ó no á hacer valer el documento, y que en caso de litigio, en la demanda y en la contestación, queden establecidos los motivos y hechos circunstanciados con que el uno pretende sostener su acción y el otro rechazarla.

Y sabemos también que en cualquiera estado ó grado de la causa en que se presente un documento público, puede ser tachado ó redargüido de falso criminal, también para los efectos civiles, esto es, tanto en la primera como en las ulteriores instancias, y así en el curso ordinario como en los informes finales. Pero en Casación, dice *Borsari*, no puede admitirse querella de falso sino con relación á aquellos actos que son necesarios al juicio de su competencia, es o es, actos del proceso que se agita en Casación; donde sólo se obra sobre el expediente venido á su consideración; y en tal caso se dá comisión en Francia á una Corte igual á la que pronunció la sentencia denunciada á la de Casación. Como no dá nuestra ley tales comisiones no parece prudente tal querella entre nosotros.

No se olvide que se trata de tacha de documento público producido ú ofrecido por una parte como prueba suya, sea original, sea copia, sea entre las partes, sea de tercero; pero no de actos del procedimiento en el juicio que están siguiendo las partes, pues la falsedad que haya cometido una de éstas en posiciones, ó sus testigos en su declaración, ó sus expertos en su informe judicial, no se combate con querella de falso, sino por los medios ordinarios que da la ley á los interesados para demostrar la verdad de su causa.

La exigencia de la ley, de que se manifieste previamente si se quiere hacer ó nó uso del documento, requiere que se haga con toda claridad y precisión; y que la respuesta de insistir ó nó en usarlo, debe también ser categórica y sin salvas, condiciones ni reticencias, *por sí ó nó*, como decía la primitiva ordenanza, pues de otro modo debe tenerse por no hecha.

Los autores enseñan que la declaratoria insistiendo en el documento es irrevocable; pero que quien ha insistido pueda desi cualquier estado de la lucha, con obligación de pagar las costas y cios. Tal doctrina es conforme con los principios que informan la

Establecidos esos puntos previos; si no se insiste en el uso del do to, se declara terminada la impugnación, y el documento queda elim del proceso; y si insiste se entra á sustanciar la incidencia; siguie reglas que establece la ley.

Primer paso. Lo primero que debe hacer el Tribunal según la regla 13ª, es nombrar un fiscal que intervenga en toda la incidencia, fiscal que de buena fé viene á sostener de modo imparcial y concienzudo lo que sea verdadero y justo, pero no dejar anular un documento válido por fundamentos baladís, ni dejar pasar como bueno lo que realmente es obra del fraude ó del delito.

Falta de contestación. Luego aplicará á la falta de contestación á la demanda, ó al escrito de tachas, lo que previene la regla primera, esto es, darlo por confeso en los mismos términos que se hace en el juicio ordinario, si tal es el caso.

Auto razonado. En la segunda audiencia después de la contestación ó del acto en que debió tener lugar, el Tribunal librará ese auto razonado sobre los hechos y circunstancias alegadas por las partes, Si encuentra que, aun cuando se probasen tales hechos, no serían suficientes para infirmar el documento, desechará de plano la prueba ofrecida sobre tales hechos; oyendo apelación libremente si se interponen dentro de tercera audiencia. Y claro es, que si el auto fuere confirmado por el superior, queda eliminada la tacha y concluida la incidencia.

Pero si encontrare pertinente la prueba ofrecida respecto de alguno de los hechos alegados, entonces en el auto razonado dicho, determinará con toda precisión los hechos sobre los cuales ha de recaer la prueba de una y otra parte; y en consecuencia, en los interrogatorios así limitados, desechará, cuando se presenten, las preguntas incongruentes. Aquellos serán presentados, junto con la lista de testigos, que expresarán sus domicilios ó residencias, en la segunda audiencia después del auto del Juez.

Apelación. No dice la ley si se oye ó nó apelación de esa parte del auto razonado, pero se aplica la regla general, que, como sabemos, es oírla libremente de la parte que contenga negativa de prueba, y sólo en un efecto respecto de la admitida. Y como ya la ley estableció en la regla segunda, que el recurso se interpusiese dentro de la tercera audiencia, así deberá hacerse.

Original. Toca después al Tribunal ordenar al presentante del documento, caso de no ser el original, que manifieste el motivo de la no presentación de este, y la persona en cuyo poder esté; y prevendrá á esta persona que lo exiba.

Como estamos tratando de la demanda ó tacha de falsedad de documento público, caso de no encontrarse el original, la copia producida será suficiente, pues que la matriz debe estar en el Registro ó en la oficina que libró la copia.

Inspección y confrontación. Si la causa ó la articulación han de seguir, el Tribunal, sin pérdida de tiempo, y antes de proceder á la evacuación de las pruebas promovidas deberá trasladarse al Registro ó sea á la oficina donde está la matriz, hará una inspección acuciosa, detenida, de los protocolos ó registros ó matrices,, y hará constar cuanto en ella haya notado que sea conducente; y también hará una confrontación con el documento producido, y hará igualmente constar el resultado de esa confrontación, ó sean todas las diferencias que aparezcan.

Pero puede suceder que el documento no sea otorgado ante el Regis- sino que sea, por ejemplo, un contrato, ante un Ministerio, ante la ernación, ante cualquiera otra autoridad ó funcionario competente para otorgamiento según la materia ó asunto, y no se encuentre matriz. ué deberá hacerse? Toca al Juez proveer aquello que sea conducente y pueda contribuir á suplir lo que se busca, como el libro de correspon- cia en que se encuentren comunicaciones sobre el asunto ú otro recaudo ejante. Y si nada halla, se presindirá de tales inspección y confrontación.

Concluidas estas será que empieza el término probatorio.

Funcionario y testigos. Más si se encontraren los protocolos ó matrices y el funcionario y los testigos del otorgamiento ó alguno de ellos, residieren en la misma localidad, el Juez hará comparecer á aquellos á la misma oficina donde él debe estar constituido, para que teniendo á la vista los dichos protocolos ó matrices y el documento producido, declaren de modo claro y preciso si tuvo en efecto lugar el otorgamiento, si los hechos pasaron como allí se relata, y si son suyas las firmas que aparecen como puestas por ellos. La regla 6ª agrega «si alguno se retractare de la verdad de lo expuesto en el otorgamiento, deberá dar explicación precisa de los motivos de su retractación».

Declaraciones anticipadas. Ya la regla 5ª prohibió tomar declaraciones anticipadas al funcionario y testigos del otorgamiento, para evitar coacciones con ciertos halagos y todo género de ardides y medios de ocultar, alterar ó modificar la verdad y facilitar el fraude.

Sigue la regla 6ª reglamentando el procedimiento así:

«Si la oficina estuviere fuera del lugar del juicio y el funcionario y los testigos ó alguno de ellos residieren allí, se dará comisión al Juez de mayor categoría en primera instancia de la localidad para las operaciones y declaraciones expresadas».

«Si fueren distintos el lugar de la oficina y el de la residencia del funcionario y testigos ó de alguno de ellos, se darán las respectivas comisiones á los diversos jueces superiores en primera instancia».

Falta del funcionario ó testigos. «Y si hubieren muerto el funcionario ó alguno de los testigos, ó no se supiere su paradero, se citarán dos parientes próximos, ascendientes, descendiente, ó hermanos para que reconozcan las respectivas firmas del fallecido ó ausente y depongan lo que sepan sobre los puntos que se inquieren».

Y concluye la regla diciendo que: «en todo caso, tanto al funcionario como á los testigos se han de leer también los escritos de impugnación ó tachas y sus contestaciones para que declaren sobre los hechos allí alegados; haciéndose las correspondientes inserciones en los despachos que se libren».

Claro es lo que estatuye la ley sobre ese procedimiento, de suerte que ninguna explicación nos ocurre de esa tramitación. Pero es de notar el celo del legislador, sus precauciones, su acuciosidad, para hacer ver con cuanto interés mira el asunto y cuanta eficacia requiere en los ejecutores á quienes confía la inquisición de la verdad en asunto tan delicado. Y uno de los puntos más salientes, es la exigencia al que se retractare de la verdad de lo expuesto en el otorgamiento, de dar explicación precisa de los motivos de su retractación. Detengámonos aquí.

Si el funcionario y los testigos están contestes en todo, sosteniendo la verdad del original ó matriz, el punto queda aclarado; á menos que se tratara de una suplantación completa del documento, que se atribuya á los que figuran en los protocolos, ó matrices ó á un funcionario anterior ó posterior, si el que firmó fué realmente funcionario. En un Registro de Caracas y algunos otros de diaria actividad, tal suplantación parece posible; y en cualquier otro es increíble la suposición de un concierto tres ó más personas con un funcionario, para la comisión de un delito este último caso abundarán circunstancias que aclaren la verdad.

Si estuvieren contestes el funcionario y testigos en desconocer de el original ó matriz, de suerte que tengan el documento como supla aunque es increíble tal hecho, como hemos dicho, en aquellos Regist que pudiera sospecharse, las demás pruebas que deba hacer podr

la verdad, contra el dicho del funcionario y testigos, que tendrá siempre fuerza á falta de tal otra prueba.

Desacuerdo entre funcionario y testigos. Y lo más grave sería que estuviesen en completo desacuerdo el funcionario y los testigos. La ley de Partidas decía que se decidiera entonces por la mejor fama de aquel y de estos. Fuera de las demás pruebas evacuadas en la incidencia, que aclararan el punto, lo racional sería aquel criterio de las Partidas. Pero si lo que aconteciere fuere lo previsto por la ley, que alguno se retractara de la verdad de lo expuesto en el otorgamiento, exige aquella que dé explicación precisa de los motivos de su retractación. El objeto no puede ser otro que poner en claro tal incidente para poder juzgar con el mayor acierto. Más en todo caso, léase lo que dice *Merlin* refiriéndose á los testamentos, que son los instrumentos públicos en que se presentan con más frecuencias los ataques de falsedad· «Cuando no hay otras graves presuncio nes resultantes de las circunstancias de la causa, aunque sea posible que las deposiciones por las cuales los testigos instrumentales retracten lo que certificaron con su firma en el testamento, no sea de su parte sino un homenaje francamente rendido á la verdad, sin embargo posible es también que ellas sean el efecto de la sorpresa y del soborno. ¿Y en la incertidumbre que puede hacer el Juez? rechazar tales deposiciones. *Porque no pueden inspirar* completa confianza á la justicia, hombres que se acusan delante de ella de haberse hecho cómplices de una falsedad».

Troplong dice en la página 490 número 1568 T. III esto: «Cuando la falsedad no resulta sino sólo de declaraciones de testigos instrumentales, *no se debe sin graves motivos anular el testamento.* Porque los testigos se encuentran en cierto modo en contradicción consigo mismo, y sería preciso que sus deposiciones tuvieren tal sello de verdad pora poderlas sobreponer á lo que atestaron en el acto público».

Dalloz y *Laurent* traen esta doctrina: «Las formalidades, dice una sentencia de casación, que han sido introducidas para asegurar las disposiciones de los testadores, no deben, cuando han sido llenas, venír á ser objeto de sutilezas tendentes á anular esas mismas disposiciones».

¿Porque no hemos de aplicar tales doctrinas á los instrumentos públicos de todo género, cuando su mayor parte son los títulos sobre que descanza la seguridad de la propiedad, y cuando los requisitos introducidos por nuestra ley tienen igual propósito de seguridad?

Continúan las medidas de precaución de las reglas á que venimos contrayéndonos.

Repreguntas. La septima prohibe á las partes repreguntar al funcionario y á los testigos, y sólo les permite indicar al Juez las preguntas que quieran se les haga, las cuales hará aquel de modo claro y sencillo si fueren pertinentes. Con lo cual aleja la intervención inmediata de las partes, confiando sólo en el Juez.

Coartada. La octava declara ineficaz la prueba de coartada por medio de testigos, si no declaran de absoluta conformidad por lo menos cinco, mayores de toda excepción, y de edad bastante para conocer los hechos del otorgamiento. Y agrega que las partes y los testigos pueden presentar documentos en pró ó en contra de la coartada, que puedan obrar en el ánide los jueces. Y con estas disposiciones quiere exigir el legislador una ha acabada, purificada, digámoslo así, que brille sin sospecha ni sombra.

ejos. En la novena regla se repite la regla dada para los cotejos en igo, de no deberse hacer sino con documentos públicos ó autentica- aceptados por ambas partes.

Indicios de delito. La décima se contrae al caso de resultar del procedimiento, indicios graves del delito de falsedad. Entonces, si viven los autores ó cómplices y no está prescrita la acción penal, se pasa copia de todo lo conducente al Juzgado del crimen competente, por supuesto, que para seguir el juicio criminal. Si no viven ó se ha extinguido la acción penal, continuará el juicio civil, sólo para el efecto de establecer definitivamente el valor que deba darse en ese juicio al documento de que se trata. Pero cuando se han pasado al Juzgado del crimen las copias conducentes, la causa civil queda en suspenso hasta que se haya decidido definitivamente el juicio penal; á menos que el Tribunal encuentre que la causa ó alguno de sus capítulos pueden ser decididos con independencia del documento en cuestión, pues entonces se continúa el juicio civil.

Ningún tropiezo puede haber en la ejecución de lo aquí prevenido.

Modo de apreciación. En la regla undécima el legislador, con toda sensatez y congruencia, dice á los jueces para apreciar el mérito de las pruebas: el documento ha de tenerse por verdadero cuando el funcionario y los testigos instrumentales hubieran sostenido sustancialmente la verdad del otorgamiento; aun cuando se noten divergencias en detalles ú olvidos que puedan explicarse por los años trascurridos ó por la edad, que haya debilitado la memoria: sólo podrá descecharse el documento, si el funcionario y la *mayor parte* de los testigos sostuvieren sustancialmente su verdad, cuando hubiere una prueba concluyente de la falsedad, que no presente duda posible; y en caso de duda se sostendrá la verdad del documento.

Sentencia. La regla duodécima se contrae á la sentencia, y dice que según el caso y las circunstancias, podrá ordenarse la cancelación de todo el documento tachado ó impugnado, ó sólo de aquella parte que deba serlo; ó la reforma ó renovación del mismo documento.

Se concibe que solo puede haber versado la cuestión sobre alguna cláusula ó condición, como un interés mayor del convenido que se puso allí por una enmendadura ó alteración; una cláusula de caducidad, de vencimiento total, etc, introducida falsamente; una fecha, una cantidad abonada etc., etc. En tal caso, en todo lo correcto, el documento no tiene porque anularse, sino seguir produciendo su efecto; que si fuere totalmente suplantado, nada de él podrá subsistir.

La regla agrega, que á quien hubiere impugnado ó tachado temerariamente el documento, se le condene no solo en las costas sino también en la indemnización de perjuicio.

Así se logra un doble objeto; contener por el temor de un fracaso, y penar la temeridad.

Transacción. La regla catorce se refiere á la transacción, declarando que necesitará para su validez, á más del informe del fiscal, la aprobación del Tribunal si no la encontrare cantraria á la moral ó al orden público. La importancia de la materia lo requiere así.

Y finalmente, la regla décima quinta declara la ejecutoria en lo civil, de la sentencia firme que haya reconocido la verdad de un documento público.

Documento privado. Concluye la sección con el artículo 333 que preceptúa que las reglas precedentes se aplicarán, en cuanto lo sean á la impugnación ó tacha de un documento privado.

Los autores parece estar conformes en que el documento pri[illegible]o necesita de la solemnidad de la impugnación ó tacha: bastaría e[illegible]o-nocimiento; pero si la parte interesada quisiere entrar en aquella o[illegible]a, la ley se lo permite, aunque esa amenaza de pago de costas y perjui[illegible]le obligarán á pensar bien su resolución para entrar en un camino en [illegible]la ley opone tantas precauciones.

Apenas si es necesario decir que aunque las ideas de nuestra ley en esta Sección son tomadas del italiano ha sido preciso amoldarlas á nuestro procedimiento, y aun prescindir de ciertas ritualidades embarazosas para nosotros. La práctica nos hará estudiar mejor este tratado de las tachas de documentos, señalándonos los inconvenientes con que tropezemos.

SECCION 6a

Del juicio de expertos

Art. 334. El juicio de expertos no tendrá lugar sino sobre puntos de hecho, cuando lo determine el tribunal, de oficio ó á pedimento de parte.

Art. 335. Dentro de tres días después de acordado el juicio de expertos, se nombrarán éstos con arreglo á lo dispuesto en el Código Civil.

El nombramiento de expertos, bien sea hecho por las partes, bien por el Juez, no podrá recaer sino en personas que por su profeción, industria ó arte, tengan conocimientos prácticos en la materia á que se refiere la experticia.

Si no tuviere tales condiciones el nombrado, la parte á quien interese podrá pedir que sea sustituido con otro que las posea; y el Juez lo acordará así, caso de encontrar fundada la solicitud por los datos que se presentaren.

Art. 336. Dentro de veinte y cuatro horas despues de notificados, prestarán los expertos, ante el tribunal, juramento de desempeñar fielmente su encargo.

Art. 337. Los expertos practicarán unidos las diligencias.

Art. 338. Las partes podrán concurrir al acto y hacer las observaciones que crean convenientes, pero deberán retirarse para que los expertos discutan y deliberen solos.

Art. 339. El Juez en el acto de la aceptación y juramento de los expertos consultará á cada uno de estos sobre el tiempo que necesiten para desempeñar el encargo; y luego lo fijará, sin exceder en ningún caso de quince días, y el de la distancia de ida y vuelta al lugar en que haya de practicarse la diligencia.

El que dejare de cumplir su encargo sin causa legítima incurrirá en una multa de cincuenta á ciento veinticinto bolívares, y es además responsable de los perjuicios que cauce.

En los casos de falta absoluta de alguno de los expertos ó tercero, se nombrará otro, y se hará nuevo señalamiento; y los demás se ordenará únicamente la segunda de estas disiciones.

rt. 340. Una parte no podrá recusar al experto que haya ıado, sino por causa superveniente.

ESTUDIO 100.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los artículos copiados son los 217 á 223 del Cód. de 1880, pero con varias adiciones—Y vienen de los artículos 17 á 25 de la Ley IV Tít. I del Cód. de 38 con modificaciones de interés.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 12 tít. 21 lib. 10 Nov Recop.* «mandamos que de aquí adelante quando los jueces mandaren nombrar contadores ó otras personas no los nombren para ningun artículo que consista en derecho, ni para otra cosa que ellos puedan determinar por el proceso, sino que solamente se nombren para una cosa que consista en cuenta ó tasación ó pericia de persona ó arte.»

Lei 118, tít. 18 Par. 3ª . . . «E si por ventura el escribano non fuese bivo o fuese en tan lueña tierra que non le pudiesen aver para facerle esta pregunta; entonces deve el judjador tomar ambas las cartas, e aver buenos omes e sabidores consigo, que sepan bien conocer é entender las formas e las figuras de las letras, e los variamientos dellos; é develos facer jurar que esto caten e escodriñen bien e lealmente, é que non dexen de decir verdad de lo que entendieren . . . . . .»

DERECHO ROMANO.—«Ad quæstionem facti respondent juratores; quæstionem juris respondent judices. Dictum expertorum nunquam trassit ad rem judicatam».

A la cuestión de hecho responden expertos; á la cuestión de derecho responden los jueses.

El dictamen de los expertos nunca forma cosa juzgada.

EXPLICACIONES

Objeto de la experticia. El juicio de expertos no tendrá lugar sino sobre puntos de hecho, cuando lo determine el Tribunal de oficio ó á petición de las partes, dice nuestro artículo.

Siempre que se trate de una comprobación ó de una apreciación que exija conocimientos especiales, puede procederse á una experticia, dice el artículo 1351 del Código Civil.

De estos dos artículos resulta que la experticia ó juicio de expertos viene á ser el parecer de personas expertas ó prácticas, para la comprobación ó apreciación de puntos de hecho que exijen conocimientos especiales. De suerte que se requiere que se trate de puntos de hecho sobre los cuales haya necesidad de comprobación ó apreciación, que no puedan hacerse sino por personas de conocimientos periciales. Puros ó simples puntos de hecho se comprueban pos otro genero de pruebas, documentos, testigos, inspección ocular. Y aquellos que requieren conocimientos especiales en alguna ciencia, profesión, arte ú oficio, son materia de experticia. Así por ejemplo se comprobará con testigos ó con una vista ocular el hecho de que un edificio se encuentra en estado ruinoso; pero si se trata de comprobar el he[illegible]e que ese estado proviene de mala construcción, habrá que ocurrir a[illegible] de peritos.

Promoción. Esta prueba puede ser promovida por las partes, [illegible] alguna de ellas; y también puede ser ordenada de oficio por el Tri[illegible]. Dice la ley que puede ser promovida en todo el término probatoric[illegible] de su contestación; y el Juez no sólo puede ordenarla en ese mis[illegible] ríodo, sino por auto de mejor proveer.

Fijación de punto. El espíritu de las mismas disposiciones que estudiamos, revela la necesidad de que las partes ó el Juez, respectivamente, fijen y determinen con claridad y precisión los puntos ó cuestiones de hecho á que han de contraerse los expertos en su dictamen. Con conocimientos de los puntos que fijen las partes podrá el Juez apreciar si son pertinentes y verdaderas materias de experticia, para acordar ó desechar la prueba; y como quiera que pueden acordar los mismos jueces la experticia de oficio, creemos que bien pueden modificar los puntos formulados por las partes, por supuesto que sobre lo que juzgaren improcedente y por motivos justificados, no por capricho ó parcialidad, sino en busca de la verdad.

Nueva experticia. Todavía da el Código Civil en su artículo 1355 al Tribunal la facultad de ordenar de oficio una nueva experticia, si no encuentra en la que se haya efectuado ya, la claridad suficiente en el dictamen de los expertos; y claro es que en tal caso debe fijar los puntos á que debe contraerse para obtener la claridad deseada.

Calidad del nombrado. Es también de la naturaleza de esta prueba que las personas designadas para el cargo sean realmente expertos en la materia sobre que ella verse. Incensato sería que para una experticia sobre ingeniería, sobre agricultura, sobre construcción de edificios etc., se nombren tabaqueros, plateros, ó teñidores, ó para una cuestión sobre la buena ejecución de un cuadro de pintura se nombrase un labriego.

Algunos escritores piensan que cuando la experticia corresponde á materia en que haya personas titulares como abogados, médicos, ingenieros, interpretes, farmacéuticos ú otros, deben necesariamente ser elegidos los peritos entre tales personas, á menos que no los haya en el lugar.

Nuestra ley no exige tanto, que ciertamente es recomendable; pero aunque deja libertad en la elección, sí requiere que sean conocedores, prácticos, sobre la materia en que han de dictaminar.

Experticias forzosas. Trata la ley aquí la experticia como medio de prueba, reducida á un dictamen razonado, que ha de apreciar el Tribunal en su fallo. Pero hay otras disposiciones legales que expresamente dan á la experticia el carácter de decisión, en los justiprecios y en las extimaciones de pagos de frutos intereses ó daños ó restituciones de frutos, ó indemnizaciones, si el Tribunal no ha podido hacer en su fallo, la estimación, según las pruebas del proceso. Entonces es verdaderamente un complemento de la sentencia. Así vemos que en las ejecuciones la liquidación de lo líquido se hace por expertos, y también por éstos, los justiprecios para remate ú otros efectos legales; y tiene cuidado el Código Civil de dar reglas para aquellas, y aun ciertos derechos á los interesados, contra los abusos.

Cuando el nombramiento? Acordada la experticia se nombrarán dentro de tercero día los expertos, conforme al Código Civil; para lo cual el Juez designará la hora del tercer día en que han de concurrir las partes con tal fin. Los expertos deben de ser tres, nombrados de común acuerdo, ó uno sólo, si así lo convienen los interesados. Caso de desacuerdo, uno nombra uno, la otra parte el otro, y el Juez elije el tercero.

Varios interesados. Sencilla es la operación, siendo sólo dos las partes; si hay varios actores ó varios demandados, ¿cómo se obrará? La mayoría de cada grupo hará la elección que respectivamente le corresponde, luego elegirá á uno de ellos, en el mismo acto, para que nombre por todo el grupo.

Pero pueden estar aún más complicadas las cosas, por ejemplo, si en una partición, en un concurso de acreedores ó en una tercería, hubiere necesidad de una experticia común. Los que tengan derechos coadyuvantes de-

ben agruparse, por el interés común que los une, y hacer el nombramiento de un experto, y por el otro lado, esto es, por la otra parte, se hará lo mismo. Si los derechos fueren de tal manera antagónicos que no fuere posible formar dos grupos, parece imposible que la experticia pueda ser común; y entonces lo correcto será hacer diversas experticias. Y en último caso, cada grupo eligirá uno de él, é insacul[illegible] los todos los nombrados, se sacarían por suerte los dos que hicieron la elección. Esto se ha practicado.

El Juez suple. Como es el Juez á quien da la ley derecho de elegir el tercero, en desacuerdo de las partes, la práctica y el Código de Comercio tienen consagrado, que también suple el Juez la falta de las partes.

Sustitución del no perito. Expresamente dice nuestro artículo 335 del Procedimiento que el nombramiento debe recaer, sea hecho por las partes ó el Juez, en personas que por su profesión, industria ó arte, tenga conocimientos prácticos en la materia de la experticia. Y da al respectivo interesado el derecho de pedir que se nombre otro que reuna tales condiciones, caso de no tenerlos el elegido; lo cual deberá acordar, si se le presentaren recaudos suficientes.

Menores y otros. Por supuesto que ni los menores, ni los interdictos, ni los inhabilitados, ni las mujeres casadas, sin licencia de su marido, aunque sean mayores pueden ejercer tal cargo, que amerita responsabilidades.

Aceptación y fijación de término. Dentro de veinticuatro horas después de notificados los expertos de su nombramiento, deberán concurrir al Tribunal y prestar juramento de desempeñar fielmente el encargo. Tal ritualidad legal liga al experto con el lazo de la religión que profesa, y lo obliga á obrar concienzudamente.

En ese acto, manda la ley al Juez consultar con cada uno de los expertos sobre el tiempo que necesiten para desempeñar el encargo; y deberá fijarlo, sin exceder el término de quince días y el de la distancia de ida y vuelta al lugar donde deban ir para evacuar la diligencia. La consulta tiene por objeto conocer el cálculo de cada cual, ya por las dificultades que el asunto presente, ya por el estudio, comparaciones y otros pasos que consideren necesarios ó convenientes, ya por las conferencias que deban tener; todo lo cual debe estimar prudencialmente el Juez para la fijación, porque sin ella podrían descuidarse y retardarse los expertos,

Falta de cumplimiento. El que dejare de cumplir el encargo sin causa legítima incurre, según la ley, en una multa de cincuenta á ciento veinticinco bolívares, y queda responsable del perjuicio. Sin causa legítima; pues caso de enfermedad ú otro motivo que realmente le impida consagrarse al asunto, no es justo que se le pene, probando la causal. Y como puede suceder que el impedimento sea tal que ocasione una falta absoluta, por muerte, invalidez, etc., por ejemplo, dispone la ley que se nombre otro en lugar del que falta, sea experto ó tercero, y entonces se haga, como es natural, nuevo señalamiento; en los demás casos, sólo habrá lugar á esto último.

Cómo obran los peritos. El artículo 337 dice que los expertos practiquen unidos las diligencias; y que al acto puedan concurrir las partes y hacer sus observaciones; pero debiendo dejarlos solo para que deliberen. [illegible] es ese modo de proceder para que imponiéndose todos á la vez, [illegible] dan comunicar sus impresiones y observaciones, y que oigan tamb[illegible] que quisieren hacer las partes; pues nunca debe despreciarse la luz que pueda ser dada. La discusión tiene que ser entre ellos, sin estorbos [illegible] trometimientos de las partes.

Dictamen. El Código Civil ordena que el informe ó dictamen de [illegible] yoría de los expertos se extienda por escrito en un solo acto, que [illegible]

suscribir todos; debiendo ser motivado para que pueda tener valor. Y si no hubiere mayoría podrán indicarse las diferentes opiniones y fundamentos.

Cómo se considera la experticia? Creen algunos, y parece que *Boitard* es uno de ellos, que la experticia puede asimilarse á una especie de mandato; y otros que en algo participa de la naturaleza de la prueba testimonial, según se creía bajo la ordenanza de 1667 citada por aquel autor, época en que admitían como causa de recusación del experto, así las de recusación de los jueces, como las de tachas de los testigos. *Reus* piensa que la experticia participa, hasta cierto punto, de la naturaleza de la prueba de testigos y de la de reconocimiento; sin poderse asimilar á ninguna de las dos. Y *Belime*, citado por *Caravantes* juzga que los expertos no deben considerarse ni como oficiales ó funcionarios públicos ni siquiera como participantes de la administración de justicia. Toda idea de asimilación de la experticia con el mandato, nos parece no sólo inaceptable sino peligrosa; porque puede imbuir á alguno en la creencia de que el experto no va á llenar su misión con conciencia é imparcialidad, sino á desempeñar el cargo de defensor de la parte que lo eligió. Y toda asimilación de un experto á un testigo, nos parece también errónea y peligrosa; porque el papel del uno y del otro son esencialmente distintos, que en nada pueden confundirse ni tocarse. Al uno se le exige una atestación de hechos perceptibles por los sentidos, sobre la verdad y toda la verdad y nada más que la verdad; y al otro un juicio, una opinión sobre una cuestión de hecho, que ha de ser el parto de su estudio, de su inteligencia, de su práctica en la materia. Semejante confusión ha dado margen á pretender á veces repreguntar á un experto acerca de su opinión, lo cual sería un abuso; pues la ley, como veremos, da los medios de aclarar cualesquiera dudas. Además, cuando la experticia tiene lugar por mandato de la ley, es una verdadera sentencia de una cuestión de hecho; y cuando sólo es un medio de prueba, es más bien una aserción cuyo objeto es ilustrar al Juez sobre puntos de hecho que son más del dominio de la práctica. *Aubry et Rau*, siguiendo á *Zachariæ*, miran la experticia más como complemento de la experiencia personal del Juez, que como medio de prueba.

Dictamen no claro. El Código Civil faculta al Tribunal para ordenar de oficio una nueva experticia por uno ó más expertos (siempre en número impar), que nombrarán también de oficicio, cuando no encuentre en el dictamen de los expertos la claridad suficiente. Los nuevos expertos podrán pedir á los anteriores, los informes que juzguen convenientes.

En las experticias para justiprecio de bienes, el mismo Código Civil, como hemos dicho, establece el procedimiento para los jueces, y da los recursos conducentes á las partes para defenderse de las injusticias y los abusos.

Apreciación del Juez. Y en fin, el mismo Código dicho, declara que el Juez no está obligado á seguir el dictamen de los expertos si su convicción se opone á ello.

Como el Juez tiene que examinar el expediente todo, y apreciar cuanto se ha alegado y probado, y es quien ha de dar su fallo definitivo procurando el mayor acierto, claro es que no debe estar ligado á un dictamen pericial, que puede encontrarse en desarmonía con el resto de la prueba. En [illegible]ia de hecho, él es apreciador soberano de su mérito.

[illegible]ecusación. El artículo 340 del Procedimiento dice que una parte no [illegible] recusar al experto que haya nombrado, sino por causa superveniente. [illegible] contiene otra disposición sobre recusación de los expertos que la del [illegible]culo 127, que ya estudiamos, en la cual dice que los asociados, acesores, [illegible]tos, prácticos, intérpretes y demás *funcionarios* ocasionales, podrán ser [illegible]sados en los tres días siguientes á su aceptación; y que pasado ese [illegible] no se admitirá en ningún caso la recusación.

Dedúcese de aquí que ninguna de las dos partes puede recusar al experto único ni á ninguno de los tres que de común acuerdo nombrasen, como tampoco al que cada uno eligió, sino por causa superveniente. Si había alguna anterior quedó cubierta ó renunciada con el nombramiento. De suerte que los recusables, sea por causa anterior ó sea por causa superveniente, son el elegido por la parte contraria y el tercero que lo fué por el Juez en caso de desacuerdo de los interesados.

Y como el artículo 117 dice: que los funcionarios judiciales, ordinarios, accidentales ó especiales pueden ser recusados por *alguna de las causales* que allí se enumeran, no tenemos nada más que inquirir respecto de las causas de recusación de los expertos. Miralos, según dijimos antes, como *Aubry et Rau y Zachariæ*, se explica bien que jamás se haya hablado de *tachar* sino de *recusar* á un experto.

Tropiezos. Nos resta decir que en nuestra práctica sólo hemos encontrado dos tropiezos en esta materia. Fué el uno, que por tener fama de pleitista la parte contraria, no se pudo encontrar quien aceptara el nombramiento de tercero, inconveniente que después de un año, obligó á desistir de la experticia. Y el otro fué, que nombrado como experto una persona de fuera de la jurisdicción del Juez de la causa, no se encontraba para citarlo. Pero como por la ley, según hemos visto, los peritos deben reunirse para evacuar juntos la diligencia y presentar su dictamen, el Juez á nuestra solicitud, impuso al adversario la obligación, ó de traer al nombrado para el desempeño del encargo, ó nombrar otro en su lugar; y así quedó allanada la dificultad.

SECCION 7a

—

Del reconocimiento judicial

—

Art. 341. El Juez, á pedimento de cualquiera de las partes ó cuando lo juzgue oportuno, acordará el reconocimiento ocular, y se trasladará al lugar en que haya ocurrido el hecho de que se trate, ó en que se encuentre la cosa litigiosa para imponerse de aquellas circunstancias que no podrían acreditarse de otra manera.

Art. 342. Sólo concurrirán el Juez ó su comisionado, el Secretario ó quien haga sus veces, uno ó dos prácticos cuando sea necesario, y las partes ó sus apoderados.

Art. 343. Las partes, sus apoderados y defensores podrán hacerle al Juez de palabra, las observaciones que estimaren conduc
las cuales se insertarán en el acta, si así lo pidieren.

Art. 344. El Juez extenderá una relación de lo prac
limitándose á los hechos que estén á la vista, y sin avanzar opi
ni hacer apreciaciónes sobre ellos; y la firmará con el Secre
y las partes que concurran.

Art. 345. Las funciones de los prácticos se reducirán á dar al Juez los informes que este creyere necesarios para practicar mejor la diligencia; informes que podrá solicitar tambien de alguna otra persona, bajo juramento.

ESTUDIO 101

ANTECEDENTES

DERECHO PATRIO.—Los cinco artículos insertos son los 224 á 228 del Código de 80, con ligeras variaciones; y traen su origen de los artículos 26, 27 y 28 de la Ley 4ª Título 1º del Código de 38.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 13. Tít. 14. Part. 3ª* «Contiendas e pleytos acaecen entre los omes que son de tal natura que non se pueden departir por prueva de testigos, ó de carta ó de sospecha; á menos que el judgador vea primeramente aquella cosa sobre que es la contienda ó el pleyto. E esto sería quando fuesse movido pleyto antel sobre términos de algún logar ó en razón de alguna torre, ó casa que pidiessen el Juez que la ficiesse derribar porque se quería caer. E si querellasse alguno antes que le ficiera otra grand desonra en su cuerpo . . Ca en qualquiera desta razones non deve el judgador dar el pleyto por provado, á menos que vea él primeramente cual es el fecho porque ha de dar su juyzio, e de que manera lo podrá mejor e más derechamente departir».

Lib. 2 tit 16 ley 31 Recop. de Indias.

EXPLICACIONES

Objeto de las inspecciones. El reconocimiento judicial, conocido con el nombre de inspección ocular ó vista de ojos, es también uno de los medios de prueba. Consiste en la inspección ó examen que hace el Tribunal, *de visu* en la cosa ó lugar sobre que versa el litigio, para apreciar mejor, con presencia de las cosas mismas, la situación, estado, y demás circunstancias que pueden contribuir al más perfecto conocimiento del asunto y más acertada resolución de la cuestión ventilada. Tiene lugar ordinariamente en los pleitos sobre linderos, en los interdictos de despojo, perturbación y de obra nueva ó vieja, en las cuestiones sobre servidumbres, perjuicios hechos en alguna propiedad rustica ó urbana, incendios, inundaciones y otras controversias semejantes. Se trata, pues, de hechos apreciables á la vista, pero respecto de los cuales no exista cuestión que necesite conocimientos facultativos, sino á lo más del informe que den personas prácticas de la localidad ó de las cosas, detalles ó circunstancias del caso, como nombre de los lugares, estado de las cosas, ú otras indicaciones por el estilo. Por eso el Tribunal ha de limitarse á ver, á informarse, á oír á los interesados y prácticos, y á poner constancia de todo.

mes pueden promoverla. Esta prueba puede ser promovida por cual- de las partes, en cualquier día del término probatorio, indicando los s principales á que haya de contraerse; ó bien puede ser ordenada por cuando lo juzgue oportuno, y aun por auto de mejor proveer.

slación del Tribunal. El Tribunal debe trasladarse al lugar donde practicarse la diligencia; pero si no pudiere hacerlo personalmente, o más provechoso é importante, dará comisión al efecto.

Fijación de día y hora y suministro de trasporte. Debe fijarse con anticipación el día y hora de la constitución del Tribunal en la localidad, á fin de que las partes, apoderados y defensores puedan concurrir, como tienen derecho á hacerlo, y de que el respectivo interesado pueda suministrar al personal del Tribunal los medios de trasporte y aun de manutención, si fuere preciso.

Nombramiento de práctico. Si hubiere necesidad de prácticos, podrán ser nombrados uno ó dos, bien antes de la traslación del Tribunal, bien en el lugar donde se constituya; teniendo cuidado de designar personas verdaderamente prácticas, de buena reputación, imparciales y que han de prestar juramento de desempeñar fiel y lealmente su encargo, antes de entrar á desempeñarlo.

Recusación. Los prácticos son recusables, según vimos en el tratado de recusaciones, por las causales señaladas por la ley; pero en la práctica se acostumbra oír á las partes sobre el nombramiento, para evitar la elección de personas recusables, á fin de no entorpecer la diligencia.

Práctica de la diligencia. Constituido el Tribunal en el lugar el día y hora designados, acompañado de las partes, sus apoderados y defensores, si concurrieren, procederá á la inspección, recorriendo los lugares y examinaudo todo por su propia vista, oirá las observaciones de las partes, pedirá á los prácticos los informes que necesitare, y si aun creyere indispensable más informes de algún vecino ó mejor conocedor podrá exigírselo bajo juramento; irá tomendo nota exacta de todo para que nada se olvide, (como se acostumbra en la práctica por no ser posible ó fácil ir llevando la redacción en la recorrida); y concluída que sea la diligencia extenderá la relación circunstanciada, no sólo de lo visto por el Tribunal, sino de las observaciones de las partes y de lo que notare respecto de ellas, y del informe que hubiere pedido y dádole los prácticos ó cualquier tercero juramentado. Esa acta después de leída á todos será firmada por el Juez, Secretario, interesados concurrentes y los prácticos é informantes.

Manifestación de los prácticos é informantes. La ley tiene cuidado de expresar que la misión de los prácticos se limita á hacer al Juez las indicaciones é informes que este creyere necesarios, con el fin de que no tengan otra ingerencia, y se abstengan de extenderse á lo que no se les pregunte, y menos á dar juicios ni opiniones que no son de su incumbencia. Lo mismo ha de entenderse respecto de cualquiera otro informante.

Imparcialidad y reserva del Juez en el acto. Y tiene también cuidado el legislador de ordenar al Juez que en la relación del acta se abstenga de avanzar opiniones ni hacer apreciaciones sobre los hechos, con el propósito de que se limite á lo visto y observado, sin revelar las convicciones que haya podido formar sobre los puntos controvertidos. Exactitud perfecta, claridad é imparcialidad, han de ser los objetivos del Juez en ese acto.

Planos y croquis. Las pruebas que se traen al proceso no son únicamente para obrar en el ánimo del Juez que ha de fallar en primera instancia, sino para los Magistrados de las superiores; y bien puede suceder que por la naturaleza de la cuestión, por los accidentes de los lugares ó lo complicado de las circunstancias, el acta de la vista ocular, por cuidadosamente redactada que haya sido, no presente toda la claridad ó todos los datos indispensables para formar idea exacta, y sea necesario levar... n plano ó siquiera un cróquis de la localidad. ¿Podrá el Tribunal ord... ?

Creemos que está en sus facultades, sobre todo en asuntos de ...s que ameriten el gasto. La dificultad sería á costa de quien se hic ...l trabajo. Si ambas ó alguna de las partes lo solicitare, entrambas, ó ... licitante suplirán el gasto, á reserva de la resolución definitiva so... tas. Mas si las partes no se manifestaren dispuestas al gasto. ...

creyere indispensable la formación del plano ó cróquis, puede por auto de mejor proveer, ordenar su levantamiento por un ingeniero ó agrimensor que nombre. En tal caso la causa no podría fallarse mientras no se hiciera lo ordenado por el Tribunal. No podría objetarse que los planos ó cróquis no están reconocidos por la ley como medios de prueba; pues, fuera de que ellos no vienen á ser sino el complemento de la vista ocular, á los jueces les está encomendado escudriñar la verdad en los límites de su oficio, y los planos, cróquis, cartas geográficas y otros datos científicos, están recomendados por los autores y aceptados en la práctica de los tribunales, como recaudos propios y son interesantes para aclaración de la verdad en muchos casos. Si las partes, dueñas de su negocio pueden llegar hasta no hacer ninguna prueba, su derecho no alcanza á constreñir á los jueces á sentenciar sin conciencia, en medio de la oscuridad; porque el interés público está empeñado en que los Tribunales llenen su misión de modo concienzudo é imparcial, y en que sus fallos sean la expresión de la justicia, y por eso mismo les manda la ley escudriñar la verdad. Negarles este deber, que es á la vez un derecho suyo; es querer que el interés privado se sobreponga al interés público, y mermar la magestad y lustre de la magistratura.

SECCION 8ª

De la prueba de testigos

§ 1º

De los testigos y de sus declaraciones

Art. 346. El Juez que haya de tomar la declaración fijará, con una audiencia de anticipación por lo menos, las horas en que haya de verificarse dicho examen.

Art. 347. El Juez ó su comisionado examinará á los testigos en público, reservada y separadamente uno de otro, por los interrogatorios presentados, y luego por las preguntas que de palabra ó por escrito le dirija la parte contraria sobre los hechos contenidos en el interrogatorio ú otros que tiendan á esclarecer, rectificar ó invalidar su dicho.

Art. 348. El testigo antes de contestar prestará juramento decir verdad conforme á la religión ó creencia que profese, declarará su nombre y apellido, edad, estado, profesión y domicilio, y si tiene impedimento para declarar, á cuyo efecto se darán los artículos respectivos del Código Civil.

Art. 349. El Juez podrá hacer al testigo las preguntas que convenientes para ilustrar su juicio.

Art. 350. Sólo el Juez podrá interrumpir á los testigos en el acto de declarar, para corregir alguu exceso. Deberá protejerlo contra todo insulto y hacer efectiva toda la libertad que deban tener para decir la verdad.

Art. 351. El Juez, en caso de que lo crea conveniente, puede ordenar que el examen del testigo, se verique en el lugar á que se han de referir sus deposiciones.

Art. 352. Podrá también el Juez trasladarse á la morada del testigo, en caso de tener éste impedimento justificado, para que allí sea examinado disponiéndolo asi por decreto judicial, dictado, por lo menos, en la audiencia anterior á la en que haya de tener lugar el examen

Art. 353. Terminada que sea la declaración y redactada el acta, se leerá al testigo para que manifieste su conformidad ó haga las observaciones que le ocurran, y luego la firmará con el tribunal y las partes que hayan concurrido, si supieren y pudieren hacerlo.

ESTUDIO 102.

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los ocho artículos copiados son los 230, 231, 232, 233, 235, 236, 237, y 238 del Código de 80, pues el 229 y 234 están ahora en otro lugar conforme con el 235 y siguientes del Código de 73; y su fuente es la Ley 4ª Tit. 1º del Código de 38 en sus artículos 35, 36 39 y 40.

DERECHO ESPAÑOL.—Ley 19 Tit. 16 Part 3ª »Testigos son omes ó mugeres que sou atales que no pueden desechar de pruebas que aducen las partes en juyzio para provar las cosas negadas ó dubdosas. E nace gran pro dellos porque saben la verdad por testimonio que de otra manera sería escondida muchas veces . . . »

Ley 23 mismo tit. y Part. «Recibir debe el judgador la jura de los testigos ante que aya su testimonio. E esta jura d la tornar seyendo la parte delante contra quien son enduchos, faciendogelo ante saber, é señalándole el día á que venga ver como juran . . . »

Ley 14 id., id. »La manera de como deve jurar el testigo delante el judgador es esta: debe poner la mano sobre los Santos Evangelios e jurar que diga verdad de lo que sopiere en razón del pleyto sobre que es aducho, también por la una parte como por la otra, e que en diciéndola no mezclera y falsedad; e que por amor, ni por desamor; ni por miedo, nin [illegible] isa que le sea dada ó prometida, nin por daño, nin por pro que él [illegible] da ende aver, non dexará de de decir la verdad ni la encubrirá; e [illegible] o-da que sopiere de aquel pleyto sobre que es aducho por testig[illegible] la dirá . . . . . »

Ley 26 id. id. «Recebida la jura de los testigos, assi como [illegible] as leyes ante desta, deve el judgador apartar el uno de ellos, en tal lo[illegible] ue ninguno non los oya, e aver algún escribano entendido consigo [illegible] ba

lo que dixere: de manera que ninguno de los otros testigos non puedan saber lo que el dixe. E deve fazer leer al testigo la demanda ó el pleyto sobre que es aducho para testiguar, e decirle que le diga la verdad de lo que sabe. E desque el testigo comenzare á decir deve el judgador escucharle mansamente é callar fasta que haya acabado, catandol todavía en la cara. E quando acabare decir deve entonces el judgador ó el Escribano que escribe los dichos, comenzar á hablar e decirle: Agora escucha tú á mí, ca quiero que oyas si te entendí bien; deve el entonce recontar lo que el testigo dixo. E si se acordaren que dixo así, develo luego facer escribir ó escribirlo él mismo bien e lealmente, de guisa que no sea menguada nin crecida ende ninguna cosa. E después que fuese todo enderezado develo luego facer leer antel testigo; E si el testigo entendiere que está bien develo otorgar E si viere alguna cosa enredezar, develo luego endeçar; é después que fuer todo enderaçado develo facer leer ante el testigo. E si el testigo entendiese que está bien, develo otorgar. E aquel que recibiere el testigo que dixo que sabe el fecho, devele preguntar como lo sabe, si lo sabe por vista, ó por oyda ó por creencia. E la razón que dixere devela facer escribir . . . »

Derecho Romano.—«Adhibentur testes in judicis, ut de facto quod controvertitur, júdici fidem faciant. Lib XXII D. Tit 5 29»

«Illud etiam spectore debet judex, an testis aliquan 'icti sui rationem reddat. Id XVI.»

«Ajud quemcunque autem testes testimonium perhibeantprius jurare debent. I XXVIII.»

Estos textos dicen: Se hace intervenir testigos en los juicios para atestiguar á los jueces los hechos de que se trata entre las partes. El Juez debe también examinar si el testigo da la razón de lo que declara.

Los testigos, sea cual fuere el Juez ante quien deban declarar, están obligados previamente á prestar juramento. Constantino dijo etc.

EXPLICACIONES

Dificultades de la prueba de testigos. Es la prueba de testigos una de las más antiguas, y fuente de la misma prueba por escrito. Pero la experiencia ha venido demostrardo de atrás lo peligroso de ella, por el temor de soborno de los declarantes, por sus errores aun involuntarios, por la deficiencia de la memoria, de la inteligencia, de la educación, por la parcialidad, el interés oculto y otras circunstancias que obligan á dudar, á desconfiar de la veracidad. ¡Cuántos tristes ejemplos de errores irremediables cometidos por la justicia, extraviada por testigos engañados, aun de buena fé, registra la historia! Más á pesar de todo no ha podido ser eliminado de los Códigos ese medio de prueba, por tener que reconocer su imprescindible necesidad en los delitos, en los cuasi-delitos, y en muchos otros casos en que falta todo otro medio de hacer la prueba necesaria. Por eso la legislación ha venido limitándola en cuanto ha sido posible, y rodeándola de las mayores precauciones.

Precauciones. En las leyes de España que nos rigieron durante la Co-.a y aun algún tiempo después, hasta que se formularon nuestros monos Códigos, era en general, admitida siempre, salvo contadas excepcio- consagradas en algunas leyes, pero con numerosas causas de tachas á personas de los testigos. Ya en 1867 se establecieron entre nosotros las meras leyes prohibitivas, en el sentido de la legislación moderna de ses adelantados; y en los Códigos de 1873, 1880 y 1895 quedaron definitivamen- aceptadas las reformas que limitan en gran parte el empleo de la prue- de testigos.

No podemos entrar en este lugar á estudiar aquellas disposiciones y exponer las doctrinas de los autores acerca de ellas, por corresponder tal materia al Código Civil. Algo tendremos que decir en el tratado de la vista y sentencia de la causa, respecto de la apreciación de ese género de pruebas, de que venimos tratando. Pero no podemos prescindir aquí de recordar los principios establecidos en el mencionado Código Civil sobre el punto, ya que con frecuencia se presentan al Juez de la causa en la promoción de pruebas de testigos, cuestiones sobre ser inadmisibles.

Es ó nó de orden público la inadmisibilidad. Por lo mismo que está prohibida la admisión de tal prueba en unos casos y nó en otros, tienen las partes respectivamente el derecho de oponerse á que se admita alguna de su contrario. Y el Juez tendrá que traer á la vista la disposición que se crea aplicable, para decidir, admitir ó rechazar dicha prueba. En tal caso puede suceder que la parte contraria de la promovente nada objete y guarde silencio, y hasta puede convenir expresamente en la admisión de una prueba legalmente inadmisible. Entonces á juicio de *Demolombe, Aubry et Rau* y otros respetables escritores, que consideran ser motivos de orden público los fundamentos de la disposición prohibitiva de la ley, debe el Juez desechar de oficio la prueba promovida, si en efecto encontrare comprendido el caso en la prohibición legal. Pero otros escritores respetables, conceptuando más bién de interés privado de las partes, y sólo de jurisprudencia de las Cortes, dicha prohibición, se deciden ó se inclinan á la admisión, desde que la parte contraria no se opone, y sobre todo si la acepta. Nosotros opinamos también por la admisión en esos dos casos, y en cualquiera otro dudoso, sobre todo usando la fórmula acostumbrada, á saber. *Admítese la prueba cuanto ha lugar en derecho*; por que con esa fórmula se reserva el Juez implícitamente el derecho de estimar lo hecho al dictar la sentencia definitiva, y desecharlo ó desestimarlo si resulta ser verdaderamente inadmisible. De ese modo no expone la validez del juicio, con una negativa errónea y mayor perjuicio de la parte; á la vez que deja intacto el derecho de los Tribunales superiores para enmendar cualquier error que se haya cometido, evitando los recursos á que daría lugar una negativa de prueba. No se causa daño, y se ahorran tiempo y gastos.

Inadmisibilidades según el Código Civil. Recordemos ahora las disposiciones de nuestro Código Civil sobre el particular, para que se tengan á la vista.

No es admisible la prueba de testigos:

1º Para probar la existencia de una convención celebrada, ya para formar una obligación, ya para extinguirla, cuando el objeto exceda de la suma ó valor de dos mil bolívares.

2º Para probar una cosa contraria, ó que modifique la convención contenida en instrumentos públicos ó privados, ni para justificar lo que se hubiere dicho antes, al tiempo ó después de su otorgamiento, aunque se trate en ellos de un valor de menos de dos mil bolívares.

Aquí nos permitimos llamar la atención sabre las palabras *una cosa contraria ó que modifique*; pues hemos visto rechazar (erróneamente en nuestro concepto) una prueba de testigos promovida para aclarar los términos dosos de una escritura en cuanto á las cosas comprendidas en una v hemos visto en *Borsari* la opinión de que la prohibición no incluye clarecimiento por testigos en casos semejantes, si existe verdadera du

3º Para probar una demanda por capital é intereses que reuni cedan de dos mil bolívares.

4º Para probar una demanda propuesta por más de dos mil b aun cuando restrinja á menos la suma demandada.

5ª Para probar una demanda que aunque menor de dos mil bolívares, sea residuo ó parte de un crédito mayor no probado por escrito.

Pero es admisible la prueba de testigos; aunque la suma ó valor exceda de dos mil bolívares.

a). Cuando en un mismo juicio se demandan varias sumas que reunidas excedan de dos mil bolívares, para probar los créditos que procedan de diferentes causas, ó han sido contraídas en épocas distintas, y no llegan así separadas á dos mil bolívares.

b). Cuando hay un principio de pruebas por escrito, consistente en todo escrito emanado de aquel á quien se le opone, ó de aquel á quien él representa, que hace verosímil el hecho alegado.

c). Cuando las presunciones ó indicios resultantes de hechos ciertos probados, nó por testigos, sean bastantes para determinar la admisión de esta prueba.

d). Cuando no ha sido posible al acreedor procurarse una prueba escrita de la obligación contraída con él.

e). Cuando el acreedor ha perdido el título que le servía de prueba por escrito, por consecuencia de un caso fortuito imprevisto ó proveniente de fuerza mayor.

La excepción (d) tiene lugar en las obligaciones resultantes de cuasicontratos, de delitos y de cuasi delitos:

En los casos de depósito necesario hecho en casos de incendio, ruina, tumulto, ó naufragios, y por los viajeros en las posadas donde se hospedan, ó en las naves y demás vehículos que los conduzcan, todo según la calidad de sus personas y las circunstancias del hecho.

Y respecto de las obligaciones contraídas en los parajes en que no se haya podido extender el documento, y en casos de accidentes imprevistos que lo hagan también imposible.

Volvamos ahora á estudiar nuestros artículos de procedimiento.

Recuerdo sobre promoción. Ya tenemos visto que la prueba de testigos debe promoverse dentro de los diez primeros días de audiencia del término probatorio, presentando lista de los testigos con sus nombres y apellidos y la indicación de sus domicilios ó residencias, y también los interrogatorios ó preguntas que tiendan á calificar directamente la acción del demandante ó la excepción del demandado. Y que después no se admitirán nuevos testigos ni interrogatorios.

Respecto del nombre y apellido de los testigos, creemos que basta exponerlos de la misma manera que firman y son conocidos; pues á veces usan iniciales que sólo ellos mismos conocen la palabra que representa.

Y en cuanto á domicilio ó residencia, nos parece que esa omisión puede subsanarse antes del decreto de admisión si se ha olvidado ó se ignora; toda vez que de un día á otro pueden ocurrir los testigos; y ha sido práctica admitir, antes de proceder ó evacuar la prueba, las indicaciones de esas variaciones, para poder ocurrir á donde esté el sujeto.

Hemos dicho que los interrogatorios deben contener las preguntas á que deben responder los testigos sobre los hechos que se quieran probar, en la forma que la parte crea más conveniente; pues la ley no exige sino que sean pertinentes á las cuestiones debatidas, y tiendan directa ó indirectamente á calificar la acción deducida ó las excepciones opuestas. Dijimos *sobre los* ... porque sería incorrecto é impertinente que versasen sobre cuestio-

nes de derecho ó de cualquier otra ciencia ó sobre simples creencias. Todo lo que, aunque probado, no aprovechará á la parte, según la ley de Partidas, es impertinente.

Como se acostumbra promover. En la práctica, para la mayar claridad y para facilitar la evacuación de las pruebas, se acostumbra dividirlos en capítulos distintos, contentivos de los distintos medios que se quieren utilizar, documentos etc.; y en los capítulos relativos á la de testigos, se formulan en particulares separados y numerados, las preguntas á que han de contestar los declarantes.

La ley dá tres días de audiencia para que cada parte pueda expresar si conviene en algunos hechos de los interrogatorios contrarios, teniéndose como no aceptados, si nada dice; y también para que pueda hacer sus objeciones ú oposiciones. Pasados esos tres días, concede la ley otras tres audiencias al Juez para librar su decreto de admisión ó rechazo.

Al mandar evacuar las pruebas, el Tribunal tendrá cuidado de expresar las que se reserva despachar él mismo; de determinar los jueces á quienes dé comisión para la evacuación de otras; de acordar los oficios y despachos que han de librarse; y de fijar los respectivos términos de distancia para ida y vuelta.

Luego corre el término para evacuar, que es de veinte audiencias.

¿Qué es testigo? Divisiones. Definamos ahora la palabra *testigo* y recordemos las divisiones que se hacen, que son útiles en la práctica.

La palabra *testigo* según *Caravantes*, viene de *testando*, declarar ó explicar según su mente, ó más propiamente, dar fé á favor de otro para confirmación de una cosa. En el lenguaje común se llama testigo á la persona que presencia un hecho; pero en el lenguaje del Foro, testigo viene á ser, persona que declara ante el Tribunal acerca de los hechos alegados ó controvertidos, lo que ha presenciado, ú oìdo, ó sabe de algún modo.

Reciben los testigos denominaciones distintas, según las circunstancias de sus dichos. Llamánse *presenciales ó de vista* los que deponen sobre hechos que vieron ó pasaron á su presencia; *auriculares, de referencia ó de oídas*, á los que se refieren al dicho de otra persona á quien lo oyeron; *abonados, ó libres ó mayores de toda excepción*, á los que no tienen tacha; *contestes*, á aquellos cuyas declaraciones están conformes no sólo en el hecho mismo sino en las personas y en las circunstancias de lugar y tiempo; *singulares* los que desacuerdan en el hecho, en las personas ó cualquiera otra circunstancia esencial. Esa singularidad es, ú *obstativa* ó *adversativa* cuando el dicho de uno está en contradicción ó en desacuerdo con el dicho de otro; ó *diversificativa*, cuando cada uno depone sobre hechos distintos pero que no se contradicen; ó *acumulativa* ó *adminiculativa* cuando declaran sobre hechos que, aunque distintos se ayudan y concurren todos á probar el punto discutido; y finalmente, *falsos* los que maliciosamente han faltado á la verdad. También se distinguen los testigos, en *instrumentales* y *no instrumentales*, según concurran al otorgamiento de algún instrumento, ó depongan en los juicios ó en justificativos.

Fijación para la declaración. En los artículos que estudiamos y en los demás que siguen, reglamenta la ley la evacuación de la prueba de testigos; y en primer lugar dispone que el Juez que haya de tomar las de ciones, ha de fijar con una audiencia de anticipación, por lo menos, la ras en que ha de verificarse el examen. Tiene esta disposición por el evitar los abusos que se cometían y podrían seguirse cometiendo, de ceder á tomar sus declaraciones los jueces comisionados, sin dar tiempo parte contraria de imponerse y de asistir al acto, ó bien de tomarlas á ras distintas, aprovechando los instantes de ausencia de la otra parte, se vería obligada á estar permanentemente en el local del Tribunal.

cada parte sabe de antemano la hora de la prueba; y no pueden los jueces parciales favorecer á una con daño de la otra, sin incurrir en un vicio que anula lo actuado ilegalmente.

Citación. Hecha la fijación indicada, debe el Juez mandar citar á los testigos, de acuerdo con ella, por medio de la boleta correspondiente.

Intérprete. Al presentarse uno de los testigos, empezará el Juez por inquirir, si ello es del caso, si comprende bien el idioma castellano, por hablar otro. Si no lo conoce, nombrará en el acto un intérprete que esté á la mano, lo juramentará, y por su intermedio tomará la declaración. Si fuere necesario diferirá el acto, dejando emplazado al testigo para el día y la hora que le designe.

Juramento y generales de la ley. El acto de la declaración de un testigo, que ha de ser público, haciéndose retirar á los demás testigos del lugar de la audiencia, comenzará tomándole juramento de decir verdad, según la religión que profesa, y declarando su nombre y apellido, edad, estado, profesión y domicilio, y si tiene algún impedimento para declarar, á cuyo efecto se le leerán los artículos respectivos del Código Civil.

La publicidad tiene por objeto dar al acto mayor seriedad y garantía, é imponer más y más al testigo con la presencia de extraños para que no falte á la verdad en lo que ha de declarar. Esto no impide que, como excepción, pueda procederse á puerta cerrada, si así lo ha acordado el Juez en aquellos asuntos en que por decencia pública lo autoriza la ley para ello.

La retirada de los demás testigos de la audiencia, tiene por fin, como se comprende, que no se acuerden con daño de la verdad, sino que cada cual, ignorando lo que han declarado los otros, se guíe sólo por su propia conciencia.

Y la previa declaración sobre lo que se ha llamado *generales de la ley* tiende á poder evitar una declaración inútil si tiene ciertamente algún impedimento legal para atestiguar en la causa.

Lo demás, nombres y apellido, edad etc., sirve no sólo para comprobar la identidad de la persona del testigo, sino también para conocer sus condiciones y poder apreciar mejor sus dichos, según el asunto ó hecho sobre que versa su declaración.

Y el juramento es condición esencial, pues la ley confía en que el respeto á las creencias religiosas invocadas, el temor de gravar la conciencia cometiendo una falta que aquellas creencias reprueban, serán estímulos eficaces, de que no debe prescindirse sobre todo en países cristianos, para conseguir que los testigos declaren la verdad, y toda la verdad, y nada más que la verdad. La práctica en nuestros tribunales es hacer poner de pié al declarante, y preguntarle: «Jura usted por Dios y los Santos Evangelios,» ó «Jura usted por Dios y esta señal de cruz (haciéndola con los dedos) decir verdad en cuánto fuere preguntado.» Y oída la respuesta afirmativa, agregar: «Si así lo hiciere, Dios lo premie; y si nó, se lo demande.» Los sacerdotes prestan el juramento, *tacto pectore et corona.* Y los de otras religiones distintas, deben amoldarse á sus creencias, como la ley lo exige.

Declaración. Luego procederá el Tribunal á hacer leer por el Secretario, al [illegible], uno á uno los particulares del interrogatorio que le conciernen, no palo del uno al otro, sino después de contestado el que se le lee, y escrita [illegible]spuesta, que se extenderá con la mayor fidelidad, empleando, si fuere [illegible]ble, sus mismas expresiones. La redacción toca al Juez, sobre todo

si el testigo por su verbosidad entra en disertaciones inconducentes. En tal caso debe el Juez prevenirle que se contraiga á la pregunta para que quede del todo contestada.

La libertad del testigo debe ser completa ; por lo cual la ley establece que sólo el Juez puede interrumpirle, y eso para corregir cualquier exceso ; y le encomienda también protejerlo contra cualquier insulto.

Repreguntas. Concluida la declaración sobre las preguntas del interrogatorio, podrá la parte contraria hacer uso del derecho de repreguntarle. Si así lo quisiere, se procederá de seguidas á las repreguntas, que se harán verbalmente y una á una, escribiéndolas separadamente con sus respectivas contestaciones. Es aquí donde debe ser mayor el cuidado y celo del Juez, no sólo para evitar que por señas ú otro artificio se indiquen las respuestas afirmativas ó negativas al declarante, sino que con el pretexto de reclamaciones de ser impertinente, capciosa etc. la repregunta, se quiera inspirarle la contestación. El Juez debe ser enérgico para evitar tales abusos, mantener el orden, y la libertad é independencia del testigo, á quien no permitirá que se dirijan las partes, sino al Juez mismo, que hará las prevenciones del caso. Como en las posiciones, el Juez no permitirá ni discursos ni discusiones: la parte que quiera reclamar se limitará á decir la causa sustancialmente, sin más explicación ; y el Juez resuelve en el acto si debe ó no contestarse, sí falta ó nó algo á la respuesta etc. Si alguno, á pesar de las intimaciones del Juez, insistiere ó reincidiere, podrá imponerle una multa y hasta hacerlo despejar el local, y aún suspender el acto.

Se ha dudado si no habiéndose repreguntado un testigo por no estar presente quien debiera hacerlo, puede pedir éste que se le cite de nuevo con tal objeto. En años atrás fué, según nuestros recuerdos, resuelto el punto, y la práctica lo ha consagrado así ; y hasta se ha creido correcto, y se ha hecho volver á citar á uno repreguntado para hacerle otras repreguntas. La dificultad está en que se le encuentre para la nueva citación. Es un derecho que dá la ley y solo ella puede quitar durante el término probatorio.

Varias facultades del Juez. La ley dá al Juez varias facultades para usarlas según las circunstancias, como son: hacer al testigo las preguntas que crea convenientes para ilustrar su juicio: aclarar al testigo lo que se le pregunte, si ve por su respuesta que lo ha entendido mal, pues su misión es escudriñar la verdad: ordenar que el examen del testigo se verifique en el mismo lugar á que se ha de referir su declaración, si así lo cree conveniente ; y disponer la traslación del Tribunal á la morada del testigo, para ser examinado allí, caso de tener inconveniente justificado para asistir al Tribunal ; pero disponiéndolo por un auto dictado, por lo menos en la audiencia anterior. Obvias son las razones y conveniencia de semejantes facultades, pues están implícitas en las disposiciones mismas.

Lecturas y observaciones. El último de los artículos que insertamos, dispone que terminada la declaración y redactada el acta, se lea al testigo para que manifieste su conformidad ó haga las observaciones que le ocurran, y luego se firme por el Tribunal y las partes si supieren y pudieren hacerlo.

Nada dice el artículo respecto de las observaciones que el testigo pueda hacer. Por supuesto que si versan sobre algún error ó algo dudoso en algunas de sus respuestas, nada más natural, que sin hacer ninguna alteración escrito, se agregue lo necesario para corregir el error ó completar lo o biera dicho el testigo. Pero si se trata de explicaciones, rectificacione pliaciones ¿qué deberá hacer el Juez? Creemos que debe siempre ag la observación del testigo ; más á él toca certificar en el acto mismo, si e clarante hizo aquellas, después de haberse comunicado con alguna p ó si con nadie se comunicó ; á fin de que al estimar la declaraci pueda juzgar de su mérito con el mayor acierto, según las circunstancias

¿Y qué deberá hacerse si el testigo ó alguna de las partes se negare á firmar? Poner constancia del hecho por una nota adicional al acta, si está concluída, ó en el acta misma, con expresión de la razón que se alegue para la negativa, pero sin aceptar palabra ni frase reprobada por la ley.

Art. 354. El acta de examen de un testigo contendrá:

1º La indicación del día, hora, mes y año en que se haya verificado el examen del testigo, y del diferimiento que se haya hecho para otro día, si no se hubiere concluído la declaración.

2º La mención de haberse llenado los requisitos del artículo 348.

3º Las contestaciones que haya dado al interrogatorio, y las razones en que haya fundado su dicho.

4º Las preguntas que le haya dirigido la parte contraria, ó su representante ó el Juez y las respectivas contestaciones.

5ª Si el testigo ha pedido indemnización, y cual ha sido la suma acordada.

6º La constancia de haberse dado lectura á la deposición, la conformidad que haya prestado el testigo ó las observaciones que haya hecho.

7º Las firmas del Juez y su Secretario.

8º La firma del testigo, si supiere y pudiere firmar, ó la constancia de que no sabe ó no puede firmar.

9º Las firmas de los intérpretes, si los hubiere, y las de las partes y apoderados que hayan asistido al acto.

ESTUDIO 103

ANTECEDENTES

DERECHO PATRIO.—El artículo copiado es el 244 del Código de 1880, conforme con el 239 del de 1873 con muy pequeñas agregaciones, como la hora y otras sin importancia. No existe antecedentes del artículo en el Código de 1838.

DERECHO ESPAÑOL.—La Ley de Partidas, que antes copiamos *La Ley* [illegible] *11 lib 11 de la Nov. Recop.* . . concluía así : . . y escrita ya por el Escri- o la deposición del testigo, como dicho es, el Escribano se la torne á al testigo, y ponga en el fin de la deposición, como se le leyó delante, bra por palabra, y que se afirmó en ella ; y si supiere firmar la firme su nombre ; y mandamos á las partes y á cada una de ellas, que no so- ien los dichos testigos. ni los corrompan, ni rueguen ni atrayan, ni in- [illegible] á que digan lo que les cumplieren y no supieren . . .

ERECHO ROMANO.—Este derecho se contrae, menos á detalles que á las [illegible]ones que han de tener los testigos, y á los que no pueden serlo.

EXPLICACIONES

Constancias del acta. Enumera el artículo que estudiamos cuanto ha de contener el acta de la declaración del testigo, y conviene un examen rápido de su contenido para anotar lo que creemos sustancial.

Sobre el primer número, fecha. El número primero dice, que ha de expresar la fecha. Su falta viciaría la declaración, si por las circunstancias no quedara determinada de algún modo: por ejemplo, si apareciere entre otras dos del mismo día; y sucedería lo contrario si fuese la última, porque podría aun alegarse que hubiese sido tomada la declaración después de vencido el término probatorio. Aunque la ley ha agregado la expresión de la hora, su omisión no la creemos tan importante como para anular el acto, si no hay duda respecto del día.

La constancia del diferimiento, tampoco nos parece sustancial, pero quizás por alguna circunstancia llegará á ser motivo para dudar del hecho, si se promueve discusión por motivo capaz de justificarla.

El segundo, juramento, edad, estado etc. El número segundo exige la constancia de haberse llenado los requisitos del artículo 348. Estos son prestación de juramento que hemos dicho ya ser esencial; declaración del nombre, apellido, edad, estado, profesión y domicilio, lo cual es también esencial para la identidad de la persona, y las condiciones personales del individuo, para juzgar si es hábil y el mérito que pueda tener su dicho; y la lectura del artículo respectivo al Código Civil, para confirmar la falta de impedimento ó conocer el que exista.

Respuesta al interrogatorio. El número tercero requiere la expresión de las contestaciones del testigo y de la razón de un dicho. Sin lo primero no puede decirse que hay declaración; lo segundo puede ser innecesario según el hecho sobre que declara, pues la pregunta y la respuesta pueden contener implicitamente la razón. En otros, esta puede ser tan interesante que su falta aconseje desechar lo declarado, según las circunstancias.

Repreguntas. En el número cuarto se ordena poner la constancia de las repreguntas y sus contestaciones; lo cual es también esencial por ser parte integrante de la deposición.

Indemnización. El quinto se refiere á la indemnización pedida y acordada. Su omisión es sin duda una falta, pero que no vicia la declaración misma, pues en nada influye sobre lo declarado.

Lectura. El sexto pide la constancia de haberse dado lectura á la declaración, y la conformidad del testigo, ó las observaciones hechas por él; circunstancias esenciales, como que tienden á confirmar la verdad del acto, y la seguridad del testigo en sus atestaciones.

Firmas. Y los números 7º 8º, y 9º que exigen las firmas del Juez y Secretario, del testigo si sabe y puede hacerlo, ó constancia de no saber ó no poder, y las de las partes ó sus apoderados, que han repreguntado son esenciales, y las de los demás no lo son; pues ya dijimos lo que ha de hacerse cuando algún interesado se niegue á firmar, lo cual confirma la idea de que esas firmas de las partes ó sus apoderados no son de tal suerte esenciales que su falta vicie el acta. La fé del acto depende de la firma del Juez y Secretario, porque son las que le dán autenticidad.

Art. 355. Si faltaren uno ó más testigos, la parte en corresponda podrá pedir verbalmente que se vuelvan á cit a otro día, que el Tribunal señalará con arreglo á la di a, sin perjuicio de examinar á los presentes.

Art. 356. Si no pudiere examinar á todos los testigos en el mismo día, el Juez en el acto, señalará otra audiencia para oirlos y para continuar el examen, sin que sea necesaria nueva citación para los presentes.

Art. 357. Los individuos cuyo testimonio se necesitare en juicio, deberán comparecer precisamente, sin necesidad de previa licencia de sus respectivos superiores, á rendir declaración ante el Tribunal que los haya citado; y no podrán excusarse por razón de privilegio ni de ninguna otra causa: los contumaces pagarán una multa que no exceda de cincuenta bolivares; y serán nuevamente citados á su costa.

Art. 358. Se exceptúan de lo dispuesto en la parte primera del artículo anterior el Encargado del Ejecutivo Nacional y sus Ministros, los Miembros del Consejo Federal, los Vocales de la Alta Corte Federal y de la Corte de Casación, los Ministros de las Cortes Supremas y Superiores, el Arzobispo. los Obispos, las Provisores y Vicarios Capitulares, los Presidentes de los Estados, los Gobernadores de las Secciones y del Distrito Federal, los Jueces de 1a Instancia en lo Civil y en lo Criminal, los Jueces de Comercio, los Jefes Militares con mando de armas, los Senadores y Diputados del Congreso Nacional durante el tiempo de inmunidad, y los miembros y empleados de las Legaciones extranjeras.

Respecto de estos funcionarios las partes podrán pedir, ó que certifiquen ante el Secretario sobre los puutos del interrogatorio, así como sobre las preguntas escritas que presentare la parte contraria, ó bien que, rindan su declaración ante el Tribunal constituido en la morada del testigo, debiendo entonces responder á las preguntas verbales que le haga la otra parte.

Art. 359. Si el testigo justificare que no pudo presentarse el día señalado, el Tribunal lo eximirá de la pena y costos de nueva citación, después que haya dado su declaración en la causa.

Art. 360. El testigo que exigiere que le resarzan los perjuicios y gastos que le ha ocasionado ó puede ocasionarle la asistencia al Tribunal y los que le ocasionare la vuelta á su casa, si residiere fuera de la localidad, pedirá, antes de declarar, la cantidad que considere adecuada: el Tribunal podrá reducirla á lo que crea justo, estando el testigo en todo caso obligado á [illegible]parecer y dar su declaración.

Art. 361. El testigo no podrá leer ningún papel ó escrito [illegible] contestar: contestará verbalmente por si sólo á las pregun- que se le hagan. Sinembargo, oídas las partes, podrá el [illegible]bunal permitirle que consulte sus notas cuando se trata de [illegible]tidades, y también en los casos difíciles ó complicados en que [illegible]rudencia del Tribunal lo estimare necesario.

ESTUDIO 104

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los siete artículos insertos son los mismos 245, 246, 247, 248, 249 y 250 del Código de 1880, iguales á los 240, 241, 242, 243, 244, y 245 del de 1873, sin variaciones; notándose que son nuevas las excepciones de los funcionarios que enumera el artículo 358 actual, y que el 361 actual, es el 248 del de 73.

Vienen los cinco artículos de los Códigos anteriores de los 41, 42, 43, 44 y 45 de la Ley IV Tit. I del de 38 con pequeñas variaciones.

DERECHO ESPAÑOL.—«Agregamos á las ya copiadas arriba la *Ley 1ª Tit. 11 lib. 11 Nov. Recop.* que dice: El alcalde es tenido de compeler y apremiar los testigos de que la parte se entiende aprovechar, para que vayan ante él á decir sus dichos sobre cualquier pleyto civil ó criminal al plazo que el alcalde pusiere; y hagalos comparecer ante sí, maguer que no quieran, así por los bienes como por los cuerpos . . . »

Y la *Ley 35, Tit. 16 Part 3ª* «Testigos es cosa que se pueden los omes comunalmente mucho aprovechar en sus pleytos. E por ende todo ome que fuere llamado que venga atestiguar por otro adelante del judgador, deve venir á decir su testimonio de lo que sabe . . . . . .» E si alguno fuese rebelde, que non quisiesse venir . . . puede el Juez apremiar, faciéndole prendar fasta que venga . . . »

Esta ley exceptúa al mayor de 70 años, caballero que estuviese en frontera ú otro servicio del Rey, ó Juez, ó Cabildo, ó que fuese en romería, ó enfermo, ó Arzobispo, Obispo ó Perlado de Santa Iglesia, Rico-ome honrado, y mujer honrada; concluyendo con disponer que si el pleito fuere granado y se necesitare el testimonio el Juez debe ir al lugar do fueren, y si no fuere granado puede enviar á su Escrivano que reciba los dichos.

DERECHO ROMANO.—«*Ley 22 D. Tit. Art. Nº XX.* Regulariter quæcumque personæ testimonium dicere tenetur.»

Id. XXII. «Scœvola pariter ait. Inviti testimonium dicere non coguntur senes, valetudinarii, vel milites, vel qué cun magistratu ræepublicæe causa absunt, vel quibus venire non licet.»

Textos que dicen. En general toda persona está obligada á dar su testimonio. Scevola dice igualmente. No deben ser obligados á deponer como testigos, los ancianos, los valetudinarios, los militares, ni los ausentes de la República para ejercer una magistratura, ni aquellos que no pueden dejar sus puestos.

EXPLICACIONES

Puede la parte llevar al testigo? Dijimos ya que ha de citarse á los testigos, pero la parte interesada puede llevarlos al Tribunal, aunque no podrá procederse á la declaración, no estando citado á tiempo, si no consiente la contraparte, que puede no estar preparada.

Testigo que falta. Si alguno faltare, deja la ley á la parte inte derecho de pedir verbalmente su nueva citación, pues acaso pudiera prescindir de su dicho. La otra parte no puede exigirlo, y parece Juez debe esperar la solicitud, porque el único interesado es el prom- El Juez examinará á los presentes y señalará día para oír á los nue tados. Y si no pudiere examinar á todos el mismo día, señalará c los restantes, haciéndoselo saber para que puedan asistir sin neces- nueva citación.

Deber de testificar. Nadie puede excusarse por razón de fuero, ni ninguna otra causa, de comparecer ante el Tribunal, sin necesidad de licencia de superior, á rendir declaración que le fuere pedida en juicio. Es un deber social, un deber á la justicia y al promovente, sin el cumplimiento del cual no podría averiguarse la verdad y peligrarían los derechos de los particulares. La ley pena al contumaz con una multa y con el gasto de la nueva citación que se hace necesaria.

Exceptuados de comparecer. Pero la ley, además de la mujer honesta, como hemos visto atrás, exceptúa á los Altos Empleados del Ejecutivo Nacional, y de los Estados, y á los Gobernadores; á los Vocales de la Corte Federal y de Casación y á los de las Superiores y Supremas y Jueces de 1ª instancia; Arzobispos y Obispos, y Vicarios capitulares; á los Jefes militares con mando; Diputados y Senadores del Congreso Nacional durante el tiempo de su inmunidad; y á los Miembros y empleados de las Legaciones extrangeras.

Cómo deponen? Respecto de las mujeres honestas, la excepción sólo sirve para que declaren en su morada en la forma que cualquier otro testigo; y en cuanto á los funcionarios dichos, deja la ley á las partes pedír, ó que el Tribunal se traslade á su morada y rindan allí su declaración y respondan á las repreguntas verbales; ó bien que certifiquen en su propia morada ante el Secretario y también sobre las repreguntas escritas de la parte contraria.

Como la falta de asistencia de algún testigo puede provenir de cualquiera imposibilidad, le da la ley el derecho de justificarla, para que se le exima de la multa y gastos de nueva citación.

Otros excusados. No estará de más recordar aquí que, según el artículo 1 323 Código Civil pueden excusarse de dar declaración, los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, y los afines hasta el segundo; así como los que por su estado ó profesión deben guardar secreto respecto del hecho de que se trate. En cuanto á unos y otros, creemos, que si la causal consta, su excusa en la boleta de citación misma, es bastante para que no se le impongan las penas.

Indemnización al testigo. El testigo puede pedir antes de declarar la indemnización del perjuicio que le causa su asistencia al Tribunal, y si reside fuera, los gastos de venida y vuelta á su hogar, señalando la cantidad que exige, la cual puede el Tribunal reducir á lo justo. Pero es necesario que rinda la declaración, para hacer efectiva la indemnización. Nada más justo; pues muchas personas viven de su trabajo diario, ó tienen ocupaciones lucrativas, y las horas que invierten para su declaración, les ocasiona una pérdida efectiva.

La declaración ha de ser verbal. El artículo que dispone que el testigo no pueda leer ningún papel ó escrito para contestar, sino hacerlo verbalmente por sí á las preguntas, acusa falta de método en la ley; pues está fuera de su lugar, como se nota con su sola lectura. Convendría ordenar mejor las disposiciones sobre la materia.

La ley quiere con la disposición, evitar que las partes puedan dar á los testigos modelos de lo que á ellas les importe, ó que aquellos mismos se den á redactar lo que les convenga decir, todo lo cual sería contrario al objeto de averiguar la verdad. Al mismo tiempo se vé la intención del legislador de que el testigo improvise, sin que nadie le sugiera la respuestas. Así se aleja la posibilidad de que el testigo venga á ser instrumento de su pre-te.

mpo para contestar el testigo. Exceptúa la ley los casos en que se trate tidades, no fáciles de retener en la memoria, ó puntos complicados y ultosos, sobre los cuales necesitan consultar algunos datos; entonces, oídas artes y juzgando prudencialmente el Juez lo conveniente, puede conce- testigo tiempo necesario para consultar sus notas.

§ 2º

—

De la tacha de testigos.

—

Art. 362. La persona del testigo sólo podrá tacharse dentro de la quinta audiencia después de la promoción de la prueba. Aunque el testigo sea tachado antes de la declaración, no por eso dejará de tomársele, si la parte insistiere en ello.

Art. 363. No podrá tachar la parte al testigo presentado por ella misma, aunque la contraria se valga también de su testimonio, á menos que haya sido sobornado, en cuyo caso su testimonio no valdrá nunca en favor de la parte que lo ha sobornado.

Art. 364. Propuesta la tacha, deberá comprobarse en el resto del término de pruebas, admitiéndose también las que promueva la parte contraria para contradecirla.

Art. 365. El Juez desechará en la sentencia definitiva la declaración de testigo inhábil ó que se ha contradicho, ó dado cualquiera otro motivo cierto de no decir verdad, aunque no haya sido tachado; expresando el fundamento de esta determinación.

ESTUDIO 105

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Los artículos copiados son los mismos 251, 252 253 y 254 del Código 1880, y son el 246, 247, 248 y 249 del de 1873, sin alteración. Vienen los primeros de los artículos 33 y 47 de la Ley IV Título I del de 1838.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 1ª tit. 12 lib. 11 Nov. Recop.* «Mandamos que hecha la publicación de los testigos en cualquier de las instancias, cada una de las partes que quisiere decir su intención de bien probado ó tachar ó contradecir su dicho ó en su persona los testigos que la otra parte hubiera presentado, lo diga y alegue dentro de los seis días después de hecha la publicación . . . . »

Ley 2 tit 12 lib 11 Nov. Recop. «Por quanto muchas veces las ta se ponen con gran malicia para alongar los pleytos, ordenamos y m os que no sean recibibas tachas generales, salvo aquellas que singurarm e- ren especificadas y bien declaradas.»

«En las *leyes 8ª, 9ª 11ª, 14, 15, 18, 19, 20, 21 y 22 del tit 16.* 3ª se encuentran enumerados todos los que no pueden ser testigo en in pleyto ó en algunos.»

DERECHO ROMANO.—§ *11 14 del art. 1º lib. XXII D.* «Ys contra quem testes producuntur, potest allegare si quid est propter quod testimonium eorum recipi non debeat: (æterum inquit Justiniams) si quis testibus usus fuerit, iidemque testes adversus eum in alia lite producantur, non licebit ei personas eorum excipere, nisí ostenderit inimicitias inter se et illos postea emersisse, ex quibus testes repelli leges præcipiunt; non adivenda scilicet ei licentia, ex ipsis depositionibus testimonium eorum arguere. Sed et liquidis probationibus datione, vel promissione pecuniarum eos corruptos esse ostenderit, etiam eam allegationem integram ei servari præcipimus. *L. 17 Cod.*»

Dice ese texto: Aquel contra quien se producen testigos puede alegar las razones por las cuales su testimonio no debe ser admitido. Mas (dice Justiniano) si un individuo ha producido testigos, y estos mismos testigos han sido producidos contra él en otro negocio, no le será permitido recusarlos, á menos que no pruebe que ha sobrevenido enemistad entre él y ellos, por la cual la ley desecha sus testsmonios: le será sin embargo permitido refutarlos por ellos mismos; y si prueba suficientemente que han sido corrompidos por dádivas ó por promesas, tendrá el derecho de hacer valer plenamente esta alegación.

En el mismo *Lib.* citado *de las D.* y en los lugares dichos se encuentran indicados los que no pueden ser testigos.

EXPLICACIONES

Término para tachar. Los artículos á que vamos á contraernos tratan de la tacha de los testigos; y fijan el término de cinco audiencias dentro del cual debe hacerse, que vienen á ser seis, un día más del fijado en los Códigos anteriores; pues ese término corre después de la promoción, que antes era en los primeros quince días, y ahora en los diez primeros.

Advierte la ley que aunque sea tachado el testigo, si su presentante insiste en que declare, se le ha de tomar la declaración. Bien puede suceder que la tacha no pueda probarse, ó que sea desvirtuada en la lucha, ó que carezca de verdadera importancia, y no debe privarse al interesado de su dicho, que cree importante.

Testigo común También establece la ley que el testigo común no puede ser tachado, á menos que haya sido sobornado, y así aparezca probado; caso en el cual de nada vale la declaración. Ya se habrá notado que esa era doctrina romana. Es cuestion de moralidad.

Término de probar. La tacha ha de probarse en el resto del término probatorio; teniendo el contrario el derecho de promover y evacuar contraprueba, como lo exige el derecho de defensa. Y como del cohecho no se dá recibo, la prueba del soborno no puede ser sino de presunciones, con tal que sean graves.

No hay tacha de tacha. ¿Habrá tacha de tacha? Nada dice nuestra ley sobre esto; pero nuestro *Sanojo* opina que es admisible. La ley española también guarda silencio; más en *Manresa* encontramos el pasaje siguiente. «Por último téngase presente que aunque en el fuero eclesiástico se admiten tachas de tachas, nunca han sido admitidas en lo Civil, ni las admite la nueva ley, por que esto sería proceder hasta lo infinito; por consiguiente no pueden ser tachados los testigos que depongan sobre las tachas.»

en efecto, ¿qué término señalaríamos para que ese procedimiento de tuviese fin? Alguno debería fijarse; y como no somos legisladores, odríamos hacerlo. No podríamos, pues, impedir que los pleitos se eteren. Para combatir una prueba promovida con el fin de hacer pasar á ombre honrado, correcto, como ébrio, jugador ó vago, no necesita en- en tacha de tacha, pues basta promover una contra-prueba, para acre- lo contrario, como la ley expresamente lo permite.

Repreguntas al testigo común. Consecuencia de la doctrina legal de no poder ser tachado el testigo común, es la de que no pueda repreguntársele para inutizarlo, haciéndolo contradecir. *Castillo* y *Viso* en su *Código ilustrado* opinan que no puede ser repreguntado. Pero *Sanojo* combate esa opinión, alegando la práctica de los Tribunales de admitir las repreguntas que sólo tiendan á ampliar ó explicar lo declarado, negando las dirigidas al invalidar al testigo, sea por alguna imposibilidad legal, sea por contradicción. En efecto ha sido esta la práctica seguida; y nos parece más conforme con el espíritu de la legislación de escudriñar la verdad, y más útil á la justicia. Contradictorio, inmoral y hasta repugnante sería, que la parte que presentase un testigo como digno de fé, porque su contrario lo presente también como tal, pretendiese alegar inhabilidades, ó invalidar su dicho como mentiroso. La mente de la ley es darlo por calificado por ambas partes como digno de fé.

Inhabilidades? ¿Y cuáles son los fundamentos legales de las tachas?

Absolutas. Según el artículo 1319 de nuestro Código Civil no pueden ser testigos en juicio los furiosos, dementes ó mentecatos, los menores de quince años, los jugadores de profesión, los ébrios, los vagos, los deudores fraudulentos, y mientras no tengan rehabilitación, los que hayan sufrido una pena de presidio.

Los tres primeros, sería insensatés que pudieran ser testigos: los menores de quince años, todavía carecen del juicio y aplomo bastante para poder atenerse á su dicho, tan expuesto á errores; y los demás carecen de moralidad suficiente para un acto tan serio como una declaración cuya trascendencia puede ser muy grave.

Relativas. Según el 1320 no pueden testificar:

El Magistrado en la causa en que está conociendo.

El abogado ó apoderado por la parte á quien representa.

El vendedor en causas de evicción sobre la cosa vendida.

Los socios en asuntos de la Compañía de que son partes.

El heredero presunto: el donatario: el que tenga interes, aunque sea indirecto, en las resultas del pleito; y el amigo íntimo.

No pueden testificar en favor de aquellos con quienes les ligan estas relaciones.

Y el enemigo no puede testificar contra su enemigo.

Claro es que, respecto del Magistrado, no sólo se haría parcial, sino que sería contrario á su misión y á la dignidad del puesto, hacer el papel de testigo: y respecto de los demás, la falta de parcialidad y el interés, se oponen á la credibilidad de sus dichos.

Conforme al 1321 ninguno puede ser testigo ni en favor ni en contra de sus ascendientes ó descendientes ó su cónyuge; ni tampoco el sirviente doméstico en favor ni en contra de quien lo tiene á su servicio. Y agreguemos á éstos los parientes consanguineos hasta el cuarto grado civil, y los afines hasta el segundo, ambos inclusive, que el artículo 1322 declara no poder ser testigos en favor de las partes con quienes le ligan tales relacio-

Salvo los casos de prueba de parentesco ó edad en que todos i-
cados en estos dos artículos son hábiles para testificar.

Falta imparcialidad, en todos ellos, y hasta sería contrario y
sosiego de la familia cualquier dicho adverso, y quizas á la mo a
poner en tortura la conciencia de los que no deben estar unidos el
amor más sincero.

Aunque por los términos del artículo 1322 parece que los parientes á que se refiere pueden testificar en contra, si así se hiciere, tales deposiciones contrarias deben mirarse con mucha desconfianza, pues si falta la imparcialidad para testificar en favor, puede ser signo de mala voluntad hacerlo en contra. Semejante cosa no parece natural, sino contrario á lo humano. *Merlin* cita frases de un notable abogado que combatía la declaración de un hermano de su cliente, arguyendo que ella no demostraba sino la infamia del declarante, y que no debía tener fuerza sino contra sí propio.

Pruebas. En las tachas, las pruebas de la inhabilidad del testigo debe hacerse en armonía con las leyes, según la materia. Así del proceso mismo debe aparecer la condición de magistrado en él, de abogado ó apoderado, de saneador de la cosa: la condición de pariente, de las correspondientes partidas del Registro Civil: otras de los respectivos contratos; y las demás, y en los casos de no aparecer ó no encontrarse documento, por los demás medios que permite la ley.

Bien es recordar aquí que la inquisición de la paternidad legitima está expresamente prohibida, y por tanto para probar la condición de hijo ilegítimo no puede admitirse sino el reconocimiento por alguno de los medios que la ley señale.

El tratado de las tachas concluye con la disposición de deber desechar en la sentencia definitiva el testimonio del testigo inhábil, contradicho, ó que dé otra prueba de no decir verdad, expresando el fundamento. No censuramos que aquí en el Código de Procedimiento se haya puesto esa disposición. Pero como se trata de la estimación en definitiva, reservaremos nuestras observaciones para el tratado de vista y sentencia.

Hemos visto que el Código de Procedimiento que estudiamos, se refiere al Civil en cuanto á los medios de prueba, y en este último se encuentran colocadas las presunciones entre aquellos medios; no obstante lo cual en el de Procedimiento nada se dice respecto de ellas. La razón no puede ser otra sino la de que, no siendo en rigor tal medio de prueba, nada hay que tramitar.

Acordes están los autores en esto. Y en efecto basta leer la definición que de ella dá el mismo Código Civil, á saber, que son «las consecuencias que la ley ó el Juez sacan de un hecho conocido para establecer uno desconocido.» No son premisas, son deducciones: no son causa, son efecto. La disposiciones legales respecto de ellas, son propiamente reglas de apreciación de ciertas pruebas, de ciertos hechos, y son exclusivamente de la esfera del Código Civil.

TITULO III

DE LAS INCIDENCIAS SOBRE MEDIDAS PRECAUTELATIVAS Y OTRAS, Y DE LAS TERCERIAS.

SECCION 1a

De las medidas precautelativas

Art. 366. En cualquier estado y grado de la causa, constando el derecho demandado, aunque por declaración de testigos cuando esta prueba es admisible, según el Código Civil, puede el demandante pedir y el Juez acordar, según los casos:

1º La prohibición de enajenar la cosa litigiosa.

2º El secuestro de bienes determinados.

3º El arraigo, y en su defecto, el embargo de bienes suficientes.

Art. 367. No se decretará ninguna de las medidas de los tres números anteriores, ó deberán alzarse cuando estuvieren decretadas, si la parte contra quien se ha pedido ó decretado dá caución ó garantía suficiente.

Si la otra parte objetare la eficacia ó suficiencia de la garantía, con las pruebas que en primera audiencia se presentaren, decidirá el Tribunal.

Art. 368. Los asistidos á reserva basta que presten la caución juratoria.

ESTUDIO 106

ANTECEDENTES.

DERECHO PATRIO.—Como se habrá notado ya, en la reforma a... ha variado el método, en la materia de los incidencias. En los anteriores el Título III del Lib 2º, trataba de éstas, y colocaba co meras las excepciones dilatorias, que han pasado, como lo exige orden, al tratado de la contestación de la demanda; quedando par

gar las que vienen á ser propiamente incidencia del juicio, á saber: prohibición de enajenar la cosa litigiosa, secuestro de bienes determinados y arraigo, y en su defecto, embargo de bienes suficientes. Pero, no son en verdad nuevos los tres artículos insertos; pues sus disposiciones se encuentran en los Códigos anteriores, más ahora se han generalizado y se aplican á las tres medidas dichas. Por eso el artículo 366 actual es el 267 del Código de 1880, sin la enumeración que sigue, y es también el 262 del de 73. Los artículos 367 y 368 actuales son el 267 y 268 del de 73, y 272 y 273 del de 80. Y esto es conforme más ó menos, con la Ley de 23 de abril de 1853.

DERECHO ESPAÑOL.—Como no hay tratado especial de estas incidencias, citaremos más adelante lo conducente.

DERECHO ROMANO.—Como tampoco se encuentra ningún tratado especia- sobre la materia, citaremos después lo relativo á las disposiciones que vamos á estudiar.

---

§ 10

De la prohibición de enajenar

—

Art. 369. La prohibición de enajenar la cosa litigiosa no se decretará sino cuando siendo inmueble y no conociéndose al de mandado otros bienes, hubiere temor de que, llegado el caso, no pueda cumplir los deberes que le impone el artículo 459 del Código Civil.

Art. 370. Acordada que sea, el Juez en la misma audiencia, sin pérdida de tiempo, oficiará al registrador del lugar donde está situado el inmueble, para que no protocolice ningún documento en que de alguna manera se pretenda enajenar la finca, insertando en su oficio los datos sobre situación y linderos que constaren en el libelo, y advirtiéndole que será responsable de los perjuicios que ocasione su contravención.

ANTECEDENTES

No los hay ni en el Derecho Patrio, ni en el Español ni en el Romano.

EXPLICACIONES

Advertencia. No nos parece dudoso que generalmente se habrá reconoci- como un adelanto en nuestro derecho procesal el haber concentrado y lado en un título especial las incidencias, y especialmente las medidas cautelativas, á que con tanta frecuencia se ocurre en los procesos civiles. ro nuevo contienen, como es lo referente á la prohibición de enajenar la a litigiosa, y mucho de mejor método y de claridad.

Cosa litigiosa. Como según el derecho español y el romano, era nula la enación de la cosa litigiosa, como se ve en Escriche palabra *venta*, que las leyes 10 y 21 tit. 4 lib. 5. Fuero juzgo, (Ley 13, tit. 7º Part. 3ª)

no podía existir la necesidad de que se dictara un decreto judicial de tal prohibición, cuando había la disposición expresa de la ley.

Enajenación de la cosa litigiosa. Desde nuestro Código Civil de 1873, se estableció una doctrina distinta, en el artículo 459, repetida en los posteriores, á saber: «Si el poseedor ó detentor, después de la demanda judicial, ha dejado de poseer la cosa por hecho propio, está obligado á recobrarla á su costa por cuenta del demandante, y si no lo hiciere, á pagar su valor, sin perjuicio del derecho que tiene el demandante de intentar su acción contra el nuevo poseedor ó detentor.» Esta disposición es la que ha hecho necesaria la medida judicial de prohibición de enajenación.

Objeto de las medidas precautelativas. Las medidas precautelativas tienen por objeto evitar que se llegue á burlar el derecho de la parte; bien porque al fin del juicio haya de encontrarse con que no existan bienes sobre que hacer efectivo su derecho, por manejos de su contrario; bien porque se le pongan estorbos indebidos á su procedimiento judicial, embarazando el curso de él para fines incorrectos. La malicia de los hombres, con sus tendencias á evadir á veces el cumplimiento de sus obligaciones, y su olvido de la máxima santa de no hacer á otro lo que no quisiera que se hiciese á él, obligan al legislador á dictar las medidas en que nos ocupamos.

Cuando se piden y acuerdan. El artículo 366 establece que en cualquier estado y grado de la causa, puede dictarse cualquiera de las tres medidas precautelativas de que se trata; lo cual quiere decir qu desde el estado de demanda, desde que se presenta el libelo, hasta el de sentencia definitiva, última, puede pedirse y acordarse la medida del caso, y tanto en la primera como en las posteriores instancias. Es eso lo que dice el texto, y no como han pretendido algunos, que no puede acordarse antes de la citación ó antes de la contestación de la demanda. La frase que existió anteriormente, como explicativa *antes ó después de la litis-contestación*, fué suprimida por innecesaria y redundante: sin ella el texto no deja duda, sabiendo lo que se entiende en el derecho procesal por *estado* y *grado*.

Argüir, como parece pretenden algunos, con lo que dispone después la ley sobre *acción ejecutiva*, de no deberse acordar el *embargo* de bienes suficientes sino después de la contestación de la demanda, es querer confundir malamente las cosas: son casos y situaciones diferentes, y la medida en uno y otro caso, de consecuencias también diferentes.

El artículo 1898 del Código Civil, en su parte última, dice que no puede acordarse *embargo precautelativo* antes de *proponerse la demanda*, lo cual viene á confirmar lo que dice el artículo del Procedimiento á que nos referimos, en parte; y luego en las disposiciones que veremos sobre arraigo, del mismo Procedimiento, está confirmándose más lo que venimos diciendo sobre la oportunidad de las medidas precautelativas.

Constancia del derecho demandado. Pero el artículo 366 estudiado, dice más, ; y es, que *debe* constar el derecho demandado, aunque sea por declaración de testigos, cuando tal prueba es admisible, según el Código Civil. Es pues, condición esencial esa constancia del derecho, para cualquiera de las tres medidas. Por supuesto, que se trata, no de que se adelante el término probatorio y el solicitante traiga hecha toda la prueba que se prometa evacuar en el juicio, sino sólo de la prueba bastante para que el Juez se convenza de que tiene base racional la reclamación, de que no es un[illegible] ridad, de que el solicitante tiene prueba que hace creíble, verosí[illegible] pretensión.

Caución ofrecida. Dice el artículo siguiente 267 que no se decre[illegible] guna de las tres medidas, ó se alze la disposición si se hubiese acord[illegible] si la parte contra quien obra, dá caución ó garantía suficiente. Y [illegible] guiente 268 explica que los asistidos á reserva basta que presten la [illegible] juratoria.

Justa y conveniente es la disposición; porque si se presta caución suficiente, que puede ser personal ó real, esto es, por un fiador abonado, ó valores bastantes, ó una hipoteca de bienes raíces, se consigue el objeto de la ley, y se evitan los daños y perjuicios que pudieran ocasionársele al interesado, con una prohibición de enajenar, ó un secuestro ó un arraigo. ¿Cuánto daño hasta en su crédito pudiera traerle á un comerciante, ó á un hombre de negocios, ó á alguna familia, una medida semejante, quizás en momentos críticos, ó de combinaciones ó planes que se desbaratan ó estorban, cuando puede todo evitarse con dar una garantía suficiente? Desde que se decide á esto es porque está en su conveniencia; y la ley no es para causar daños innecesarios, y sin objeto, desde que su propósito queda satisfecho.

No se trata de dejar al petiçionario sin la seguridad que quiere darle la ley; se trata sólo de una sustitución de esa garantía, con lo cual no se le perjudica. Y como ya sabemos que los asistidos á reserva, son los pobres que carecen de bienes ó recursos con que poder litigar, y á quienes en diligencias especiales, ha declarado un Juez competente; y como también sabemos que conforme al artículo 47 de este Código uno de los beneficios que trae la declaratoria de pobreza es dar caución juratoria de pagar si viene á mejor fortuna, en todos los casos en que por este Código se exige caución ó depósito de una cantidad de dinero; vemos que el artículo 268, es perfectamente concordante con esos antecedentes, y no merece ningún género de crítica, como ha pensado alguno. El Código es del todo armónico en esos puntos.

Objeciones sobre la garantía. Dispone el aparte del artículo 267, que si la otra parte objetare la garantía, con las pruebas que en primera audiencia se presentaren, decidirá el Tribunal. Aunque estrecho el término, como no se trata de ordinario, sino de la suficiencia de la garantía, si podrán presentarse á primera audiencia los recaudos bastantes para que pueda el Juez dar su decisión para la cual tiene el lapso legal de tres días.

¿Se comprenderá en esa disposición la objeción que ocurra hacer á la caución juratoria del asistido á reserva? ¿No podrá ser esa objeción fundada en la disposición del artículo 46, que estudiamos oportunamente; según la cual la contraparte y el expendedor de papel sellado podrán probar, en cualquier estado de la causa, que el asistido á reserva ha venido á mejor fortuna? No encontramos en ello ningún inconveniente, en vista de la claridad de ese texto, y de que él agrega, que si el Tribunal juzgando sumariamente, encontrare suficiente la prueba, mandará cesar los efectos de la declaratoria de pobreza. La ley dá ese derecho á la contraparte, y el de ejercerla en cualquiera estado de la causa. No se necesita más.

Pasemos á estudiar las disposiciones legales de la primera medida: prohibición de enajenar la cosa litigiosa.

Cuando se decreta prohibición? El artículo 369 dispone que no se decrete sino cuando siendo inmueble la cosa, y no conociéndose al demandado otros bienes, hubiere temor de que llegado el caso, no pueda cumplir los deberes que le impone el artículo 459 del Código Civil.

Comprobaciones necesarias: Se necesita, pues, para acordar la prohibición:

que conste el derecho demandado conforme el artículo 366.

que la cosa litigiosa sea inmueble.

que no se conocen al demandado otros bienes.

la prueba del primer punto hablamos ya, y la ley dice, aunque sea declaración de testigos cuando esta prueba es admisible; de suerte que documento, confesión etc., ó aun testigos. La prueba del segundo

punto debe aparecer del libelo mismo, que debe expresar la cosa demandada.

Y la tercera, de cualquier medio de prueba, cartas; confesión cualquiera, testigos etc.. Nótese que la disposición no exige prueba de negativa, *de no tener otros bienes*, sino de no conocerse al demandado otros bienes, cosa que bien puede saber y asevelar cualquiera que tenga con él relaciones de negocios, ó que por cualquier circunstancia haya tenido ocasión de imponerse de ello.

El temor no es sino la consecuencia lógica de tales premisas, que no necesita prueba, ni otra cosa que el ejercicio de las facultades intelectuales.

Procedimiento rápido. El artículo siguiente 370 establece el procedimiento rápido que ha de seguirse para ejecutar la medida y asegurar la eficacia, que es oficiar sin pérdida de tiempo al registrador de la ubicación, previniéndole que no protocolice ningún documento en que de alguna manera se pretenda enajenar la finca (que no es sólo venta ó permuta ó traspaso etc., sí que también gravarla de cualquier modo), insertándole los datos sobre situación y linderos, y advirtiéndole la responsabilidad á que le sujeta la contravención.

§ 2º

Del secuestro.

—

Art. 371. Se decretará el secuestro:

1º De la cosa mueble sobre que versa la demanda, cuando no tenga responsabilidad el demandado ó se tema con fundamento que éste la oculte, enajene ó deteriore.

2º De la cosa litigiosa, cuando sea dudosa su posesión.

3º De los bienes de la muger, y en su defecto de la sociedad conyugal, ó del marido, suficientes para cubrir aquéllos, cuando el marido malgasta los bienes de la mujer.

4º De los bienes suficientes de la herencia, ó en su defecto, del demandado, cuando el que ha sido privado de su legítima, la reclama de los que tomaron ó tienen los bienes hereditarios.

5º De la cosa raíz que el demandado compró y está gozando sin haber pagado su precio.

6º De la cosa litigiosa, cuando dada la sentencia definitiva contra el tenedor de ella, éste apela sin dar fianza para responder de la misma cosa y sus frutos, aunque sea inmue

7º De la cosa arrendada cuando el demandado lo fa r
falta de pago de la pensión de arrendamiento, por estar e-
riorando la cosa, ó por dejar de hacer mejoras á que es i-
gado según el contrato, siempre que alguna de tales circun s
resulte probada de la manera indicada en el artículo 36

En este caso el dueño, así como el vendedor en el caso del número quinto, podrá exigir que se acuerde el depósito en ellos mismos, quedando afecta la finca para responder respectivamente al arrendatario ó comprador, si hubiere lugar á ello.

ESTUDIO 107

ANTECEDENTES

DERECHO PATRIO.—Los números insertos son los números 1º, 2º, 4º sin detalles 5º, 7º, 8º, y el aparte de este mismo, del artículo 267 del Código de 1880 en que existen los actuales, pues el 3º y 6º fueron eliminados. El artículo 262 del Código de 1873 era igual á ese del de 80, sin el aparte del número 8º. Vienen de la Ley IV Tit. II del Código, de 1838 ó sea números 1º á 8º, de la misma Ley de 1853 que la reformó.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 13 tit. 9º Part. 3ª* «Seis razones señaladas, son é no más, porque la cosa sobre que nace contienda . . debe ser puesta en fieldad, á que dicen en latín *sequestratio*. La primera (1ª) es por avenencia de ambas las partes, La segunda (2ª) quando la cosa es mueble, e el demandado persona sospechosa é témese que la traspondrá, ó empeorara ó malmetrá. La tercera (3ª) quando . . diessen sentencia definitiva contra aquel que la tiene, e se *alzasse della*. La cuarta (4ª) quando algún marido . . de alguna muger fuesse de mal recabdo, ó gastador de sus bienes de manera que comenzare ya á venir á pobreza. La quinta (5ª)quando algún ome ó muger que oviesse dos fijos non se acordassen del uno dellos, ni faciendo mención del á su finamiento, otorgassen todos esos bienes al otro ; dexandolo su heredero en todo ; ó si se acordassen dél e lo desheredassen sin derecho. La sexta (6ª) cosa es quando alguno que fuesse en poderío de otro como su siervo, moviesse pleyto en juyzio contra aquel que lo tuviesse . . »

Leyes de de los Tit. 25 y 26 lib. 11 Nov. Recop. .

DERECHO ROMANO.—«Olim enin in rem agebatur *satisdare possesor compellebatur*, ut, si victus esset, nec rem ipsau rutitueret nec litis æstimationem, potestas esset petitori aut cum *eô agendi aut cum fidejussoris ejus*. Quœ satisdatio apellatur *judicantum solvi* . . Multo magis is qui in rem actione conveniebatur satisdare cogetur si alieno nomine judicium accipiebat. Ypse autem, qui in rem agebat, si suo nomine petebat satisdare non cogetur. Tit. 11 lib. 4. Cod.»

Dice ese texto : Antiguamente en las acciones reales el poseedor era compelido á dar caución para que si fuera vencido y no restituyera ni la misma cosa ni su estimación, pudiera el demandante entablar una acción contra él y contra sus fiadores. Esta caución se denominaba *judicatum solvi* . . Con mayor motivo el que era demandado por la reivindicación en nombre de otro, cuya causa tomaba á su cargo debía dar caución. Por lo que hace al que entablaba la reivindicación en nombre propio no tenía que prestar caución.

Sed hœc hodie aliter observantur.

[illegible]cite enim quis in rem actione convenitur, sive personali, suô nomine ; [illegible]m satisdationem *pro litis œtimatione* dare compellitur, sed pro sua tan[illegible]persona qui in juditio permanet usque ad terminum litis . .

[illegible]e otro dice : Otra cosa se observa ahora. El demandado en su propio [illegible]re, bien por acción real ó bien por personal, no está obligado á dar caución la estimación del litigio, sino garantizar que se presentará personalmente y permanecerá hasta el fin del pleito . . . . (juditio sisti).

EXPLICACIONES

Qué es secuestro? La segunda medida precautelativa es la de secuestro. Con la palabra embargo se designa generalmente en el lenguaje del Foro la ocupación y aseguramiento de orden judicial, de bienes de alguna persona, bien determinados, pero especialmente se da el nombre de *secuestro judicial* á la ocupación y aseguramiento por disposición del Tribunal, de las cosas y bienes litigiosos ó sobre que recae el litigio; y señaladamente se llama *embargo judicial* al aseguramiento y ocupación de cualesquiera bienes, en cantidad suficiente para garantizar alguna obligación, ó bien para la ejecución definitiva, distinguiéndose así el precautelativo del definitivo.

El artículo 1755 del Código Civil divide el secuestro en convencional ó judicial.

Y el 1756 define el convencional, diciendo: «El secuestro convencional es el depósito de una cosa litigiosa hecha por dos ó más personas en manos de un tercero, que se obliga á devolverla después de la terminación del pleito, á aquel á quien se declare que debe pertenecer.» No define el judicial, pero no puede ser otro que el ordenado por el Juez, en el juicio como hemos dicho. A este nos referimos aquí.

Condiciones para decretarlo. Para decretarlo son indispensables dos condiciones: la prueba del derecho demandado é que se refiere el artículo 366, como requisito común de las tres medidas; y la comprobación de encontrarse en alguno de los casos enumerados en el artículo 371. Examinemos estos.

Primer caso. Es el primero, el de versar la demanda sobre cosa mueble, y no tener responsabilidad el demandado ó temerse con fundamento que la oculte, enajene ó deteriore. No basta que así lo diga el actor, es preciso que pruebe que no se le conocen otros bienes, ó bien alguna circunstancia ó hecho de que racionalmente debe nacer aquel temor, pues no ha de ser puramente caprichoso ó imaginario.

Segundo caso. El segundo caso, es el de ser dudosa la posesión de la cosa litigiosa, como sucede en casos de interdictos expresamente previstos en el Código Civil, en que no aparece claro por los recaudos, quien sea el verdadero poseedor actual, de dos que piden á la vez la restitución ó el amparo con títulos igualmente auténticos, como si tuviera cada uno un decreto en su favor respecto de algo en que la identidad fuere dudada. Hasta para impedir el empleo de la fuerza está indicado entonces el secuestro.

Tercer caso. El tercer caso, es el de malgastar el marido los bienes de la mujer; caso en el que el número de la ley manda secuestrar los bienes de la mujer, y en su defecto los de la sociedad conyugal, ó del marido.

La ley, que debe proteger á la mujer, por lo mismo que está sometida al marido, que es el que administra, tiene que cuidar de sus bienes. Si se prueba que estos bienes van yendo á menos, sin causa justificada, nó por actos de fuerza mayor, ó por calamidades y desgracias, hay que deducir que el administrador los malgasta, aunque sea sin dañada intención. Nada más justo en tal situación, que el secuestro previsto por el legislador.

Cuarto caso. El cuarto caso de secuestro, es en favor del legitim... vado de su legitima, que la reclama de los que tomaron ó tienen l... nes hereditarios, de bienes suficientes de estos, ó en su defecto, del... dado. Necesario es el secuestro para asegurar al privado de su le... de que no se consumará la iniquidad de arrebatarle lo suyo, dejánd... hecho desheredado. Pero cuando dice la ley *bienes del demandado*, ... de los de la herencia, debe entender que ese demandado es uno de ... tomaron ó tienen los bienes de aquella; pues si no es uno de ellos ... justicia á la medida, que deberá siempre estar apoyada en la prueb...

Quinto caso. El quinto es de la cosa raiz comprada que el demandado está gozando sin haber pagado su precio. En extremo injusta es semejante conducta de gozar lo ajeno sin pagarlo. Ante la prueba del hecho, el secuestro se impone en nuestra ley.

Sexto caso. El sexto caso es de la cosa litigiosa, cuando dada sentencia definitiva contra el poseedor de élla, éste apela, sin dar fianza para responder de la cosa y sus frutos, aun siendo inmueble. Racional es que, ya con una decisión en contra el demandado, sea de temer que esquilme la cosa, se lleve lo que pueda, desatienda la conservación y sólo procure sacar el mejor provecho, si es inmueble; y si mueble, que la trasponga ó acabe con ella. La medida precautelativa se hace más y más necesaria y hasta urgente, para que pueda dilatar el juicio con su alzada.

Séptimo caso. Y el último caso es el de secuestro de la cosa arrendada, cuando el demandado lo fuere por falta de pago de la pensión de arrendamiento, por estar deteriorando la cosa, ó por dejar de hacer mejoras á que está obligado por el contrato, siempre que se prueben alguna ó algunas de tales circunstancias. La justicia de estos casos no puede ser más sólida, y la necesidad de amparar al propietario más justificada, y hasta humanitaria.

Casos de depósito en el dueño. En este caso, como en el de gozar el demandado la cosa comprada sin pagar su precio, podrá el dueño exigir que el depósito de la cosa se haga en él. Y á fé que no se encontrará mejor depositario que el dueño mismo: ¿ quien podrá cuidar la cosa más que él? Y para responder del resultado de la medida, si á ello hubiere lugar, la ley declara afecta la finca; medida prudente que evitará procederes abusivos de parte de los dueños.

§ 3º

Del arraigo

—

Art. 372. Podrá decretarse el arraigo:

1º Cuando el demandado sea transeunte, ó ha desaparecido, ó existe razón para creer que trata de ausentarse y ocultar sus bienes.

2º Cuando hay temor fundado de que, ó bien el demandante para evitar responsabilidades, ó bien el demandado para burlar la acción, enajena, oculta ó disipa sus bienes, ó de que pretenda ausentarse del territorio de la República.

3º Cuando el demandante que consta estar fuera de la República, no ha dado caución para proceder al juicio.

4º Cuando el demandado, burlando la citación y la prohibición de ausentarse del país, se ha ausentado en efecto.

Art. 373. El decreto de arraigo impone á la parte contra ..i se libra la obligación de presentar dentro de tres días bie- . suficientes con que pagar las cantidades ó valores en que :da ser condenada por la sentencia definitiva; los cuales bienes :dará hipotecados, si son inmuebles, ó embargados si son mue-

Decretado el arraigo, el Juez prohibirá al obligado la salida del país y la venta del inmueble ó inmuebles, ú otros bienes suficientes para el cumplimiento, y tomará inmediatamente las medidas necesarias para que la prohibición se cumpla mientras se verifica el arraigo.

El acto de presentación del inmueble, para los efectos de la hipoteca, se mandará registrar en el lugar de la ubicación, expresándose su situación y linderos; y respecto de muebles, contendrá la lista especificada por la cual reciba el depositario.

Art. 374. Si el obligado á arraigar ó su apoderado en ausencia de aquél, no cumpliere dentro del tiempo designado, se procederá á embargar bienes suficientes del obligado, sin necesidad de intimación, y caso de no encontrarse bienes que embargar, se podrá paralizar el procedimiento á solicitud de la otra parte, mientras no diere caución suficiente el obligado.

ESTUDIO 108

ANTECEDENTES

DERECHO PATRIO.—Los tres artículos insertos son los 269 y 270 del Código de 1880, correspondientes á los 264 y 265 del de 1873, pero con muchas ampliaciones los tres actuales. Y vienen de los artículos 2º y 3º de la Ley IV Tit. II del Código de 1838, reformada en 1853, que merecen verse.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 66 de Toro ó 5 tit. 11 lib. 10. Nov. Recop.* «Ninguno sea obligado á arraigar por demanda de dinero ó que le sea puesta sin que preceda información de la deuda, á lo menos sumaria de testigos, ó de escritura auténtica.»

DERECHO ROMANO.—«*Olim* . . . Procurator vero si in rem agebat, satisdare jubebatur, *ratam, rem, dominum habiturum:* periculum enim erat ne iterum dominus de eadem re experiatur. Tutores et curatores eodem modo.....»

Texto que dice:

Mas el procurador que entablaba la acción real, debía darla caución de que el dueño ratificaría lo que él hiciese, para evitar el peligro de que el señor sucitase después la misma demanda. Los tutores y curadores, del mismo modo la prestasen . . . »

« Hodie . . . Si autem per procuratorem lis vel infertur, vel suscipitur; in actoris quidem persona si nom mandatum actis insinuatum est, vel præsens dominus litis . in juditio procuratoris sui personam confirmaverit, *ratam rem dominum habiturum*, satisdationem procurator dare compellitur ; eodem observando est, si tutor, vel curator, vel aliœ tales persona. *Ns. 3, 4 y 5 til. 11, lib. 4 de satistad* . . . »

Este texto dice:

Cuando un procurador se presenta en el juicio como demandante ó como demandado, en el primer caso si el mandato no consta en las actas ó el interesado principal en litigio no se presenta ante el Juez para comfirmar al procurador, este se halla obligado á dar la caución, de que le será ratif que él haga ; lo mismo si el tutor, curador . . .

EXPLICACIONES

Primer caso. El primer caso que presenta el artículo 372 para poc cretar el arraigo, es el de ser el demandado transeunte, ó haber desapare existir razón para creer que trata de ausentarse ú ocultar sus bienes.

Cuál es el transeunte? ¿Cómo debe entenderse eso, de que el demandado sea transeunte? Para nosotros ser transeunte no dice lo mismo que estar de tránsito: lo primero expresa condición de la persona, no ser vecino ni domiciliado; y lo segundo un accidente, encontrarse de paso fuera de su domicilio ó residencia habitual. Sería, si no absurdo, completamente injusto, que por el solo hecho de andar uno de tránsito, cualquier acreedor le demandase donde le encontrara y le obligase á arraigarse allí. No es tampoco el caso previsto y resuelto en el artículo 89 de este Código, en que basta dar fianza para responder el transeunte de la cosa mueble que porta, ante el Juez de su domicilio. Nos parece que eso de *ser* transeunte no se refiere sino al que indica el artículo 102 de este mismo Código, esto es, al que no teniendo domicilio en la República se encuentre transitoriamente en su territorio: ese *es* el propiamente transeunte en el caso actual; y la aplicación de la medida de arraigo queda justificada.

Otros casos. Y los demás casos de ese número primero, probados, no dejan lugar á objetar la justicia del arraigo.

El número segundo, hecha la prueba suficiente del temor fundando del propósito de burlar al contrario por alguno de los medios que dice la ley, dispone el arraigo como medida necesaria para evitar un fin odioso y torpe. Nada más en razón; pero preciso es que tales sospechas tengan fundamento racional, para no confundir un acto lícito é inocente con una intención dañada, cual sería la de fugarse para el extranjero, ó enajenar malbaratando ú ocultar ó disipar los bienes. Nótese que en este caso, el remedio es para ambas partes.

El número tercero, se justifica por sí mismo; pues estar fuera de la República, donde no alcanza la justicia del País, y sin dar caución para proceder al juicio, seguirlo contra otro, exige atender á los intereses de este. Descuidó la caución, que es de justicia universal, pues que se arraigue.

El número cuarto, en que á la burla del reclamante se une la burla á la justicia, sobre cuyas disposiciones de citación y de no ausentar del país, salta el demandado para fugarse al extrangero, no sanciona sino un paso justísimo, que complementa en las disposiciones siguientes.

Medidas necesarias. En efecto, después de decir en el artículo 373, que el arraigo consiste en presentar dentro de tres días bienes suficientes para pagar la condenación definitiva, para quedar hipotecados, si son inmuebles, ó depositados si son muebles, dice el primer aparte del mismo artículo que el Juez prohiba al obligado la salida del país y la venta del inmueble ó los inmuebles ú otros bienes suficientes para cumplir lo acordado, y tomará inmediatamente las medidas necesarias para que tales prohibiciones se cumplan mientras se lleva á cabo el arraigo; y el segundo aparte dispone, que el acto de presentación de los bienes se mande registrar en el lugar de la ubicación, expresando la situación y linderos, para los efectos de la hipoteca: y para los efectos del depósito de los muebles, que contenga la lista especificada, por la cual reciba el depositario. Todo eso es lo que dá eficacia y seguridad al arraigo; y el interesado en ello tiene el derecho de hacer las observaciones y reclamaciones del caso, que ha de resolver el Tribunal en justicia.

Y agrega la ley en el artículo 374 que si no cumplieren el obligado, ó su apoderado en ausencia suya, dentro de los tres días, se procederá á embargar bienes suficientes del obligado, sin necesidad de intimación; y caso no encontrarse bienes que embargar, se paralice el procedimiento á solicitud del contrario, mientras el obligado no diere caución suficiente. Tales disposiciones, cuya claridad, no deja lugar á dudas, se hacen necesarias para que no se consume la burla á la justicia y al derecho ajeno. Sería ini- intolerable, permitir que siguiera tranquilo su procedimiento ante la justicia impasible, quien así desprecia los dictados de la ley, y las órdenes del Tribunal, con sacrificio de los derechos de su contendor.

§ 4º

Del procedimiento

Art. 375 Cuando el Juez encontrare deficiente la prueba producida para solicitar la prohibición de enajenar, el secuestro ó el arraigo, mandará ampliarla sobre el punto de la insuficiencia, determinándolo; y este auto será apelable en un solo efecto. Si por el contrario, hallase bastante la prueba, decretará la medida solicitada y procederá desde luego á su ejecución, sin oír apelación. En uno y otro caso, dicho decreto deberá librarse en el mismo día en que se hace la solicitud.

Art. 376. Después de cumplido el decreto de prohibición de enajenar, de secuestro ó de arraigo, si el juicio fuere escrito, se entenderá abierta una articulación, debiendo la parte contra quien obra la medida, exponer en la tercera audiencia las razones ó fundamentos que tuviere que alegar en contra de aquélla.

El Juez fijará la hora en que deban asistir las partes al efecto. Haya ó no contestado la parte, el Juez concederá el término de ocho días para que los interesados promuevan y hagan evacuar las pruebas que convengan á sus derechos.

Art. 377. Dentro de dos días, á más tardar, de haber expirado el término probatorio sentenciará el Juez la articulación; y bien ratifique ó revoque su decreto, se oirá apelación en un solo efecto para ante el Tribunal superior.

Art. 378. Ninguna de las medidas de que trata esta Sección podrá ejecutarse sino sobre bienes de que esté en posesión aquél contra quien se libra. Si ejecutadas, se presentare algún tercero reclamando la posesión de la cosa, se procederá con arreglo á lo establecido en el artículo 456, sin perjuicio de reclamar en tercería, si lo prefiere ó de reservar ésta para después de resuelta aquella oposición sobre posesión.

Art. 379. Ni la articulación sobre secuestro ó arraigo, ni la que origine la reclamación de tercero, suspenden el curso de la demanda principal, á la que se agregará el cuaderno separado de aquéllas, cuando se hayan terminado.

Art. 380. La parte en cuyo favor se haya expedido el decreto de secuestro ó arraigo, podrá hacerlo protocolar en la Oficina de Registro respectiva, lo mismo que el del depósito de la [illegible] vendida ó arrendada, en poder del dueño, para responder al [illegible] datario, cuando hubiere lugar, conforme al aparte final del art. 371.

Art. 381. Si sentenciada en definitiva la causa, no se h[illegible] decidido todavía la articulación sobre secuestro ó arraigo, e[illegible]

ante quien se promovió continuará conociendo de ella, aunque haya admitido antes apelación en ambos efectos ó recurso de casación de la sentencia definitiva.

ESTUDIO 109

ANTECEDENTES

Derecho Patiro. Los siete artículos copiados son el 271, 274, 275, 276, 277, 278 y 279, del Código de 1880, que son el 266, 269, 270, 271, 272, 273 y 274 del de 1873; traen su origen de los artículos 9, 10, 11, 13, 14 de la Ley IV Tit. II de 1853 que reformó la misma del Código de 1838.

No hemos buscado antecedentes del procedimiento del caso en las leyes españolas ni en las romanas, por juzgarlo inecesario.

EXPLICACIONES

Claridad del procedimiento. Nos parece tan claro el procedimiento que traza la ley, que verdaramente no necesita explicaciones. La naturaleza urgente de las medidas de que se trata, está corroborada por la disposición de la ley, de deberse decretar sobre la solicitud, en el mismo día. Si son suficientes las pruebas producidas, se acuerda lo pedido y se procede á la ejecución sin oir apelación. Si el Juez encuentra deficiente la prueba, la manda ampliar, indicando el defecto ó deficiencia, y si se apelare solo podrá oir apelación en un efecto.

Articulación. Ejecutado el decreto de prohibición de enajenar, de secuestro ó de arraigo si el juicio fuere escrito se entenderá abierta una articulación; para lo cual el Juez señala la hora del tercero día en que aquel contra quien obra la medida exponga los fundamentos ó razones que tenga para combatirla. Haya ó no dado esa contestación el interesado, el Juez concederá ocho días para que las partes promuevan y evacuen sus respectivas pruebas. Y dentro de dos días de terminado dicho lapso, sentenciará el Juez la articulación. La apelación que se interponga sólo se oirá en un efecto.

Por supuesto que aquellos dos días son para proceder á la vista, haciendo relación y oyendo informes para poder dar el fallo dentro del término legal.

Lo de decir la ley, *si el juicio fuere escrito*, no ha de entenderse como una prohibición de que en los juicios verbales tengan lugar las medidas precautelativas, y se oiga á las partes. Nó: solamente quiere recordarse que aquí se trata del juicio escrito, y que en el verbal se han de seguir sus reglas especiales establecidas en el Libro Tercero.

Sobre qué bienes? Tiene cuidado la ley de advertir que ninguna de las tres medidas podrá ejecutarse sino sobre bienes de que esté en posesión el que deba cumplirla; y eso tiene por objeto evitar los abusos en que suele incurrirse de embargar ó secuestrar bienes ajenos. A veces se produce algún recaudo sobre esa posesión, y á veces nó; y como la propiedad está garantizada por la Constitución misma, y son graves generalmente los daños que sufre cualquier [illegible]o á quien por error ó por malicia se le embarga su propiedad en asuntos [illegible]ros, ha considerado necesario el legislador hacer la advertencia para que justicia proceda siempre con circunspección y tino. Caso de haber oposi[illegible], ha de procederse de la manera establecida en el artículo 456, de que nos [illegible]emos, sin perjuicio de que pueda ocurrirse á tercería.

[illegible] articulación debe llevarse en cuaderno separado del expediente princi[illegible] cual se agregará cuando aquellas diligencias hayan terminado. Según [illegible]ara promover cualquiera de las medidas, se debe presentar una soli-

citud separada, agregando todas las pruebas necesarias, y seguir allí la articulación y la misma oposición de tercero si hubiere lugar.

El curso de la causa principal no se interrumpe por las incidencias de que se trata, sino que aquélla como éstas continúan marchando á la vez hasta su respectiva conclusión.

Registro. Complementa el artículo 380 lo que antes se estableció sobre registro en la Oficina respectiva del decreto de prohibición, arraigo y afianzamiento, facultando también al interesado para registrar el depósito de la finca vendida ó arrendada en poder del dueño, para la efectividad de la responsabilidad en que pudiera incurrir éste. La eficacia de la hipoteca lo exige así.

Continuación de la incidencia después de sentencia del Juez. Por último, dispone el artículo 381 que el Juez de la causa continúe conociendo de la articulación aún después de haber dado sentencia definitiva en lo principal, si para entonces no hubiere terminado aquella incidencia, á pesar de que haya oído apelación del fallo definitivo, en ambos efectos. Pero entonces, nos parece, que debe atender aquel Juez á lo que dicho fallo definitivo haya declarado respecto de la cosa secuestrada ó embargada; pues las sentencias interlocutorias de esa naturaleza, quedan sugetas á la decisión definitiva, y sería contradictorio dar seguridad á aquel á quien se ha declarado carecer del derecho deducido.

Reproducción de la solicitud precautelativa. *Sanojo* enseña que del mismo modo que la parte á la cual se ha negado la solicitud de una medida precautelativa puede reproducirla más tarde con mejores fundamentos y recaudos, así aquella contra quien se hubiera librado, puede pedir que se levante, probando haber desaparecido los motivos en que fué apoyada. Correcta nos parece la doctrina, atendida la naturaleza provisional de tales medidas.

Disposición de la ley de casación. Como en la ley de casación hay disposiciones relativas á la materia de que hemos venido tratando, no estará fuera de lugar traer á consideración aquellas disposiciones para completar este Estudio.

En efecto, en uno de los artículos de quella ley se dispone que, pendiente el recurso, el Juez ó Tribunal, dicte, á solicitud del interesado, todas las medidas precautelativas necesarias á fin de que no se haga ilusoria la ejecución de la sentencia, objeto del recurso; y que pueda la parte favorecida pedir que se verifiquen los actos de embargo, avalúo y demás de ejecución, menos el de remate y adjudicación, que quedará subordinado á la decisión de dicho recurso.

Qué puede acordar la Corte Casación? En primer lugar, el *Juez* ó *Tribunal* de que se habla, no puede ser otro que aquel que dictó el fallo contra el cual se intenta el recurso de casación, y puede ser el de primera, segunda ó tercera instancia, según los casos. Si es el de alguna de estas dos instancias superiores no puede, á nuestro juicio, sino dictar la medida conducente, y mandarla á ejecutar al de la primera instancia, que es el llamado por la ley á las ejecuciones. Señalar una Corte bienes para embargar y meterse en averiguaciones sobre ellos, y en las reclamaciones y discusiones que acaso ocurran, es contrario á su misión y evidentemente impropio de su altura y ocasionado á desaciertos.

En qué casos? En segundo lugar, no porque la ley dé la fa[illegible] e dictar las medidas precautelativas, han de ser estas procedentes; pues d[illegible] e de lo ejecutoriado que exista ó nó exista la necesidad de ellas. Si [illegible] o es simplemente absolutorio, y no hay costas ni otras prestaciones ¿qu[illegible] a de asegurar para la ejecución?

Juicios especiales. Por otra parte, si no se trata de un juicio o[illegible] o sino de uno especial, que pauta lo que ha de hacerse respecto de [illegible] t-

miento y administración de los bienes, verbigracia, en un juicio de partición, ¿cómo puede una Corte Superior ó Suprema, desentenderse de la disposición fundamental de este Código, según la cual las disposiciones especiales en los juicios especiales, han de observarse con preferencia á las generales en lo que que constituye la especialidad? Preciso es que se abstenga en tales casos, de ejercer la facultad de librar medidas precautelativas, respetando lo hecho en el juicio especial.

SECCION 2ª

De otras incidencias que pudieren presentarse

Art. 382. Si por resistencia de una parte á alguna medida legal del Juez, por abuso de algún funcionario ó por alguna necesidadad del procedimiento una parte reclamare ó pidiere alguna providencia, el Juez ordenará en la misma audiencia que la otra parte conteste en la siguiente; y hágalo ó nó, resolverá en primera audiencia, ó á más tardar dentro de la tercera, lo que considere justo, á menos que haya necesidad de esclarecer algún hecho, en cuyo caso abrirá una articulaclón por ocho días sin término de distancia.

Si la resolución de la incidencia debiere influir en la decisión de la causa, resolverá la articulación en la sentencia definitiva; en caso contrario decidirá al noveno día.

ESTUDIO 110

ANTECEDENTES

Derecho Patrio.—El artículo 159 del Código de 1873 disponía que las incidencias sobre tachas de documentos ú otras semejantes se sustanciasen sin suspender el término probatorio, y caso de ser de tal naturaleza que debieran influir en la decisión del asunto, se suspenderá la vista por el tiempo que falta para sustanciar la incidencia. Es el 161 del Código de 1880.

No encontramos antecedentes especiales en la legislación española ni en lo romana respecto de esos otros incidentes, que acaso pueden llamarse imprevistos; pero las funciones naturales de los jueces por su propia misión, debían considerarse suficientes para rechazar impertinencias que ocurrieren á los litigantes, y para remover cualquier obstáculo que pudiera estorbar la marcha del proceso ó influir en la decisión final.

EXPLICACIONES

incidencias son estas. Las incidencias de que trata esta Sección son en ve[illegible] aquellos casos imprevistos que, como dice el artículo pueden nacer de re[illegible]encia de alguna parte á una medida legal del Juez, por ejemplo, en juicio o[illegible]ario negarse caprichosamente á una consignación ó exhibición decretada re[illegible]armente, ó en un juicio de deslinde no respetar el lindero provisional fijad[illegible] el Juez é invadir la propiedad del adversario; ó por abuso de algún fu[illegible]rio, como por ejemplo, negarse un Juez comisionado á tomar las de-

claraciones de los testigos de una parte dentro del término probatorio; ó bien por una necesidad del procedimiento verbi gracia, si en un juicio ordinario un Juez comisionado para una prueba testimonial devolvió las resultas con la misma parte que le entregó el despacho y se empeña esta en que se vea la causa sin tales resultas á la vez que el contrario se opone asegurando que por virtud de las repreguntas que hizo, el resultado le fué enteramente favorable, ó que le cohecharon sus testigos; ó cualquiera otro incidente en que una parte reclama una medida que juzga justa y necesaria.

Distinción necesaria. En todo caso, ó hay hechos que esclarecer como la invasión del colindante, la retención del despacho devuelto, los medios empleados para el cohecho etc; y entonces se abre una articulación por ocho días, sin término de distancia para que las partes promuevan y evacuen las pruebas conducentes. O no hay hechos que esclarecer porque constan del mismo proceso, como el no cumplimiento de lo ordenado por el Juez; caso en el cual no se abre articulación, y el tribunal decide dentro de tercera andiencia.

Pero si se abrió articulación, entonces, es preciso distinguir si la resolución de la incidencia debiere ó no influir en la sentencia definitiva; en caso afirmativo la resolución de la incidencia se hará en el fallo definitivo como en la denuncia del cohecho, en la retención del despacho devuelto y en el de abuso del Juez comisionado de tomar las declaraciones fuera del término probatorio; y en caso contrario ó negativo, como en la invasión del lindero, la incidencia se vé para sentencia el noveno día.

Todo eso es lo prudente, porque es lo justo.

No hay hechos que aclarar, ó constan ya de autos, el Juez decide, pues no hay necesidad de pérpida de tíempo y de hacer gastos innecesarios. Hay que esclarecer algunos, esto es, hay necesidad de pruebas; pues entonces, ó el incidente influye en el fallo del asunto y es el Juez que ha de dar el fallo definitivo quien ha de apreciar el mérito de la prueba; ó no influye, y el Juez sin más espera, aprecia la prueba y decide lo justo.

SECCION 3ª

De la tercería

Art. 383. Cuando un tercero pretenda ser preferido al demandante ó concurrir con él en la solución del crédito, ó que son suyos los bienes demandados ó embargados, ó que tiene derecho á ellos, propondrá ante el Juez de la causa en primera instancia, demanda en forma, de la que se pasará copia á las partes, y la controversia se sustanciará y sentenciará según su naturaleza y cuantía.

El hecho de que el tercero no haya hecho oposición á la posesión, con arreglo al artícnlo 378, ó que habiéndolo hecho se haya declarado sin lugar, no obsta para que pueda propon juicio de tercería.

Art. 384. El juicio de tercería se instruirá y sustanc en cuaderno separado.

Art. 385. Si el tercer opositor se presentare durante la mera instancia del juicio principal y antes de hallarse en est de sentencia, continuará su curso ese juicio hasta llegar á

estado, y entonces se esperará á que concluya el término de las pruebas de la tercería para que se haga relación de ambos expedientes, y un mismo pronunciamiento abrace ambas demandas, siguiendo unidas para las ulteriores instancias.

Art. 386. La suspensión del curso de la demanda principal, en el caso del artículo anterior, no excederá de noventa días, sea cual fuere el número de las tercerías propuestas. Pasado aquel término, el juicio principal seguirá su curso.

El tercer opositor que no diere curso á su tercería será penado con una multa que no exceda de dos mil bolívares ni baje de quinientos, en favor del demandante principal ó primitivo.

Art. 387. Si el tercer opositor se presentare después de la sentencia de primera instancia, continuará su curso la demanda principal, y la tercería seguirá el suyo por separado.

Pero si se encontraren en segunda instancia para sentencia los dos expedientes, se acumularán para que una sola decisión comprenda á ambos.

Art. 388. Siempre que la tercería apareciere propuesta antes de sentencia ejecutoriada en lo principal, el tercero podrá oponerse á que la sentencia que se ejecutoriare sea ejecutada mientras no se dé caución bastante por quien corresponda, para responder de las resultas del juicio de tercería; pero si el tercero presentare documento que tenga fuerza ejecutiva en apoyo del derecho que reclama, no podrá ejecutarse la sentencia definitiva en lo principal que se ejecutoriare ó que estuviere ya ejecutoriada, sino después que sentenciado el juicio de tercería haya quedado desechada definitivamente, y por sentencia firme la pretensión del tercero.

Suspendida la ejecutoria por no haberse dado la caución exigida por el tercero en el caso previsto en la primera parte de este artículo, el tercero será condenado á indemnizar el perjuicio ocasionado por el retardo, si la tercería resultare temeraria.

ESTUDIO III

ANTECEDENTES

Derecho Patrio.—Los artículos copiados son los 280, 281, 282, 283, 284, y 285 del Código de 1880; y 275, 276, 277, 278, sin el aparte, 279 y 280 del de 1873. Vienen de los artículos 1º, 2º, 3º y 4º, de la Ley V. Tit. II del Código de 1838.

Derecho Español.—Mandamos que quando contra alguna execución se iere alguna muger por su dote, ó otras personas, no le manden los ces dar información sumaria, sino que reciban luego á prueba con término ordinario á los opositores por via ordinaria, y no compelan á las partes á r ante ellos personalmente los testigos, ni se lo manden, so pena de inhabilitación de oficio al que lo contrario hiciere. *Ley 16, tit. 28 lib 11. Nov. op.*»

EXPLICACIONES

Qué es tercería? Llámase tercería la demanda formal que propone una tercera persona contra dos que siguen entre sí un pleito ante el mismo Juez de este, pretendiendo ese tercero ser preferido al demandante ó deber concurrir con él en la solución del crédito, ó que son suyos los bienes demandados ó embargados, ó que tiene derecho á ellos. Divídenla los prácticos en coadyuvante y excluyente, según que las pretensiones del tercero vienen en ayuda de una de las partes, ó á excluir ó contradecir lo que ambas están sosteniendo.

La primera especie, para preferencia ó concurrencia en el pago de un crédito, claro es que no puede tener lugar sino cuando en el pleito principal se trata del cobro de una cantidad; y las otras dos en cualquier especie de juicio sobre bienes, muebles ó raices, ó sobre algún derecho á ellos. Ejemplo de lo primero es el caso de uno que suplió á un arrendatario agrícola para recolectar la cosecha, que hace embargar en demanda seguida contra él; y luego demanda el dueño de la finca á ambas para el pago preferente sobre esa misma cosecha, de pensiones de arrendamiento del año; ó bien el caso de dos que suplieron al mismo arrendatario para idéntico objeto de recolección de la cosecha: el uno se anticipa, demanda y hace embargar aquella, y luego el otro viene en tercería á exigir concurrencia en el pago sobre el producto de lo embargado.

Ejemplo de lo segundo sería el de un marido demandado, á quien se embargan bienes de su mujer, por un actor que los demanda como suyos; y ocurre después la mujer reivindicando en tercería aquellos bienes. O bien, que en una demanda sostenga un heredero, que hace parte del caudal hereditario una finca que el de cujus tenía en arrendamiento, y el dueño arrendador tiene que venir á demandar el reconocimiento de su derecho de propiedad y la consecuente entrega.

Casos de concurso necesario. En los primeros casos de la ley, sobre la tercería puede venir un concurso necesario de acreedores, porque se trata de pago de acreencias de dinero: en los segundos nó, pues que se trata de propiedad ó posesión de cosas muebles ó raices.

La no oposición no obsta á la tercería. La ley advierte que el hecho de no haber hecho oposición el tercero, á la posesión, ó que habiéndola hecho se hubiese declarado sin lugar, no obsta para proponer la tercería; pues no es posible que una incidencia, destruya los derechos que dan las leyes á cada cual para sostener sus derechos en un juicio formal.

Cuaderno separado para la tercería. La tercería se instruye y sustancia en cuaderno separado, para no confundirla con el juicio principal, ni entorpecer las defenzas del actor y del demandado en aquel; ya que la tercería es un juicio incidental.

Emplazamiento. Propuesta la demanda de tercería se emplazará á los demandados con copia del libelo, y se procederá á su *sustanciación y sentencia, según su naturaleza y cuantía*, esto parece decir según sea el procedimiento escrito ó verbal, puramente civil ó nó, y según la cuantía de que puede conocer el Tribunal.

Naturaleza de la tercería? Al decir la ley que la controversi[illegible] s-
tancie y decida según *su naturaleza y cuantía*, creemos se deba ente[illegible] la
voz *naturaleza* como expresión del precepto de que el Tribunal d[illegible] er
competente para la tercería tanto por razón de la materia, como por [illegible] or
de lo litigado.

Si el juicio principal se está siguiendo ante un Juez de Dist[illegible] l
podría conocer de una tercería de una cuantía mayor de la que [illegible] e

conocer; y menos si siendo la litis principal puramente civil y ante el Tribunal de Instancia civil se tratase en la tercería de un asunto esencialmente comercial ó de otro género.

Esto sucederá raramente: lo ordinario es que la tercería sea, como la demanda principal, puramente civil. Pero no puede negarse que alguna vez puede ser la tercería esencialmente mercantil. Supóngase perseguida en juicio ordinario una persona que siendo socio de una sociedad de comercio, debe una cantidad particularmente, y que le embarguen como suya una finca social ó unos títulos al portador que son de la Compañía; y que al oponerse ésta en tercería surjan cuestiones sobre la legal ó ilegal constitución de la sociedad mercantil; ó cualquier otro punto de verdadero carácter mercantil, verbi-gracia–embargo de una letra de cambio.

Bien puede el Juez Civil sustanciar esa tercería por los trámites de un asunto comercial, por ser idéntica en general, la tramitación para ambos juicios

Pero con ello no se resuelve la dificultad respecto de la sentencia, cuando una deba abrazar ambos juicios.

Además podrá decírsenos: aunque es correcta la teoría, ella no puede deducirse lógicamente de la voz *naturaleza* usada por la ley, sino que es consecuencia del principio de la competencia *ratione materiæ*, consignado ya en las disposiciones sobre demanda, contestación y contrademanda, que no permiten acciones, ni excepciones, ni reconvenciones que pusieran al Juez, en un juicio ordinario, en el caso de decidir puntos para los cuales fuese incompetente por razón de la materia. ¿Y cómo entenderíamos entonces la dicha frase *naturaleza de la tercería*? Quizas sea que por aquello de que la tercería se sustancia en cuaderno separado, y no haya temor de incompatibilidad de procedimientos en algunos juicios especiales con el del juicio ordinario que viene siguiéndose en la demanda principal, lo que quiera decirse con la palabra *naturaleza* de la terceria, sea que se estudie la naturaleza del medio empleado en aquella, y si es un juicio especial no incompatible, se siga la sustanciaciación de ambas acciones paralelamente. Por ejemplo se ha embargado ó secuestrado una posesión agrícola en el juicio principal, y se ha incluido como parte de ella una porción de terreno del vecino, quien por vía de tercería y expresándolo así, demanda al actor y al demandado para que convengan en que se practique un deslinde entre los dos fundos colindantes; ó bien que disputándose en el juicio principal entre el propietario de una hacienda de café y uno que suplió para la cosecha, y embarga esta, sobre el pago del suplemento, viniese un tercero diciendo haber suplido también para la misma cosecha, y demandase por vía de tercería, el rendimiento de la cuenta de gastos hechos y por hacer hasta la conclusión, para cubrirse también su suplemento. ¿Hay dificultad legal para tales tercerías, si han de sustanciarse en cuadernos separados del juicio principal? No; pues en tal caso la ley, previendo estos ú otros casos análogos, quiere decir con sus palabras que se *sustancien* y *decidan* según su *naturaleza* para que en ambos, juicio de tercería y juicio principal, se sigan los respectivos procedimientos legales. Entonces esta segunda interpretación, sería más acomodada á la letra de la ley. El caso de la tercería por rendición de cuentas se ha presentado en un Juzgado de Distrito, y sustanciádose sin dificultad.

Según lo dicho, no habrá inconveniente para que el Juez de la causa prin- sentencie la tercería, sea de igual ó mejor derecho para solución de lito; sea por la propiedad de los bienes cuestionados ó embargados; sea alegar tener derecho á ellos.

Sentencia. ¿No la habrá para la sentencia de los dos juicios en un no fallo, cuando surja alguna cuestión mercantil ó de otra índole, por on de la tercería? Suponemos sustanciados ambos juicios; y como la anciación no se extiende á la sentencia, no encontramos dificultad en

que el Juez civil de la causa principal, decida ambos juicios sin someterse á las ritualidades de los fallos en los juicios mercantiles ú otros, sino á las prevenidas en el juicio civil: los puntos mercantiles ó de otros géneros, los estimará aplicando las leyes mercantiles ú otras del caso, como aplica la ley extranjera cuando se encuentra en la obligación legal de hacerlo. La tercería tiene tal enlace con el juicio principal, que según las leyes de la competencia, no puede ser decidida sino por el Juez de lo principal. Dejaría de ser tercería si se obrase de otro modo; y quedaría expuesta la justicia á encontrarse con sentencias contrarias de distintos tribunales.

Dilucidados los puntos que hemos tomado en consideración, pasemos adelante.

Suspensión del curso del juicio principal. Entra después la ley á establecer reglas para la suspensión del curso de la demanda principal, á causa de la tercería, y lo hace así, en los artículos 385 y siguientes.

Si el tercero se presenta durante la primera instancia del juicio principal, antes de terminada su sustanciación, se sigue esta hasta su término, esto es, hasta llegar á estado de vista y sentencia; y entonces se espera á que la tercería acabe de sustanciarse. En tal estado los dos juicios, se hace relación de ambos expedientes, y se pronuncia sentencia que comprenda los dos litigios, siguiendo unidos para las ulteriores instancias. Esto no requiere explicación.

Varias tercerías. Y como puede suceder que se propongan varias tercerías, limita la ley el término de la suspensión del curso del juicio principal, á noventa días; pasado los cuales aquel juicio seguirá su curso, sea cual fuere el número de las tercerías. Esa limitación tiene por objeto evitar que la malicia ó la mala fé se proponga eternizar el juicio principal por medio de repetidas tercerías. Y para asegurar la eficacia de la precaución, pena la ley al tercero que no dé curso á su tercería con una multa que no exceda de dos mil quinientos bolívares ni baje de quinientos, en favor del actor en el juicio principal, que viene á ser el perjudicado.

Si el número de tercerías fuere de dos ó más, y versaren sobre pago de cantidades de dinero, se irá á un concurso necesario de acreedores, donde se establecerá el orden de los pagos.

Tercería después de sentencia en lo principal. Sigue la ley en sus previsiones, y dice en su artículo 387. «Si el tercer opositor se presentare después de la sentencia de primera instancia, continuará su curso la demanda principal, y la tercería seguirá el suyo por separado». «Pero si se encontraren en segunda instancia para sentencia los dos expedientes, se acumularán para que una sola decisión comprenda á ambos.»

Dictada la sentencia de primera instancia, no hay razón para detener su curso: ya no es posible que una misma sentencia abrace también la tercería; y como el propio Juez ha de decidir de ésta, no encontrará dificultad para ello, pues tendrá á la vista la copia de aquella primera sentencia. Si al subir á la Superioridad la de la tercería estuviere aún sin despachar el expediente principal, siguiendo el propósito de la ley, se acumulará á éste el de la tercería para que así continuen juntos en adelante.

Tercería apoyada en documento ejecutivo. Y como puede suceder que la tercería aparezca propuesta antes de estar ejecutoriada la sentencia del juicio principal, da la ley al tercero el derecho de oponerse á que se [illegible]te esa sentencia, aunque se ejecutoriare, mientras el respectivo interesad[illegible]or ó demandado vencedor) no diere caución suficiente para responder de [illegible]ultado del juicio de tercería. Pero si la tercería está apoyada en doc[illegible]nto que tenga fuerza ejecutiva, no podrá ejecutarse aquella sentencia, [illegible]se ejecutorie, bien estuviere ya ejecutoriada, sino después que la terc[illegible] ya sido desechada por sentencia firme.

De suerte que si la tercería no viene apoyada en documento ejecutivo, solo tiene derecho el tercero á oponerse á la ejecución de la sentencia no ejecutoriada ó que se ejecutoriare, exigiendo caución bastante para responderle del resultado de la tercería. Si estuviere apoyada en documento ejecutivo, no se necesita la caución, sino que se espera aquel resultado.

Falta de caución. Si en el caso previsto de deberse dar caución, no se prestase ésta, y se hubiere suspendido la ejecución de la sentencia por exigencia del tercero, éste será condenado á indemnizar el perjuicio ocasionado por el retardo, si resultare temeraria la tercería.

TITULO IV

SECCCION 1a

DE LA VISTA Y SENTENCIA DE LA CAUSA

Art. 389. El tercer día hábil después de concluido el término de pruebas, si el Tribunal fuere unipersonal y algunas de las partes hubiere pedido antes de terminar dicho lapso, la constitución de un Tribunal colegiado, fijará el Juez la hora de la audiencia siguiente para proceder á la elección de los asociados, que con aquel funcionario deban componer el Tribunal.

A la hora fijada concurrirán las partes, y cada una de ellas presentará una lista de tres personas que reunan las condiciones fijadas por la ley orgánica y por este Código para poder ser Juez del Tribunal que vá á sentenciar; debiendo al pié de la lista exponer cada uno de los presentados su disposición á aceptar.

De cada lista escojerá uno la parte contraria.

Si ambas partes ó alguna no concurrieren al acto, el Juez hará sus veces en la formación de ternas y elección de asociados.

Art. 390. Si fueren varios los demandantes ó los demandados, en la lista que presente el respectivo grupo se hará constar la terna fué escogida de común acuerdo, ó por mayoría, ó suerte á falta de ésta. En el acta se expresará la peasona ogida por alguno de estos tres medios, para que haga la elec- de la lista contraria.

n todo caso de falta por el respectivo grupo á lo preceptuado te artículo, el Juez formará la lista y hará la elección de la rte.

Art. 391. Si hubiere más de dos partes, las que tuvieren derechos semejantes formarán el grupo que deba hacer lo prevenido en el artículo anterior.

Si hubieren derechos contrarios ó desemejantes, cada uno de los distintos grupos formará su terna de la manera que queda prevenida, y el Juez insaculará papeletas con el nombre de todos los de esa terna, y por la suerte sacará tres que compondrán la lista de donde ha de escoger la parte contraria; y por la suerte se hará también la designación, de la lista contraria.

También en estos casos suplirá el Juez, de la manera dicha, la falta de cualquier grupo.

Art. 392. La parte que ha pedido la constitución del Tribunal consignará los derechos de los conjueces, calculados conforme al arancel judicial establecido en este Código.

Art. 323. Si no se hubiese pedido la constitución del Tribunal colegiado, el tercer día hábil después de concluido el término de pruebas, el Juez hará anunciar la causa en alta voz á las puertas del Tribunal, y procederá á hacer relación concordada del expediente, leyendo en audiencia pública las correspondientes actas.

Art. 394. Concluida la relación, se oirán los informes verbales de las partes, de sus abogados ó apoderados, y se leerán los que presentaren por escritos, los cuales se agregarán á los autos.

Cada parte producirá escritas sus respectivas conclusiones, en términos lacónicos.

El demandante informará primero.

Art. 395. El Tribual podrá ordenar al informante que se contraiga á la cuestión, cuando notare en el discurso digresiones, divagaciones ó repeticiones inútiles, y aun ordenarle que pase á tratar otro punto.

También podrá el Tribunal en los asuntos graves ó complicados permitir réplica y contra-réplica, si se pidieren; pero sólo por el término corto que fijará para una y otra. Permitida la réplica, la contra-réplica no podrá negarse.

ETTUDIO 112

ANTECEDENTES

Derecho Patrio.—En el estudio del artículo 40 de este Código ci.. los antecedentes que existen en nuestra legislación, sobre estos tribun colegiados ocasionales, formados con asociados; así como sobre la man elegir éstos, que eran las disposiciones de una Ley Orgánica de Tr.. les. Nada existe en nuestros Códigos de Procedimientos anteriores al qu. tudiamos, respecto de tales tribunales colegiados. En cuanto á los de artículos copiados, los antecedentes son los siguientes. Los artículos

394 y 395 insertos, corresponden á los 286 y 287 del Código de 1880 y éstos á los 281 y 282 del de 1873. Vienen, con variaciones, de la Ley única Tit. III del Código de 1838, reformada por la de 25 de mayo de 1850, artículos 1º á 8.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 3ª Tit 15 lib. 11. Nov. Recop. que decía:* «Por que los pleytos se abrevien y cesen las dilaciones en ellos, mandamos que, pasado el término probatorio, quando el procurador diere peticion, que si hay probanzas se haga publicación, y si nó, se haya el pleyto por concluso; que dandose traslado de esta peticion, y acusándole otra audiencia la rebeldia, no diciendo nada la otra parte, se declare que el pleyto quede concluso.»

Ley 3ª Tit. 16 lib 11. Nov. Recop. «Por quanto nos fué pedido que de relatar los escribanos los procesos á los juezes para la sentencia hay muy grandes inconvenientes, mandamos que los dichos juezes no tenga relatores, sino que vean por sí los procesos. Y que quando ellos hubieren de hacer, sea en presencia de las partes.»

DERECHO ROMANO.—*Cod. Lib VII tit XLII.* «Consentaneum juri fuit temporibus ad præsentiam partis adversæ præcriptis, præsidem provinciæ (impleta juris solemnitate, et adversario tuo ternís litteris, vel uno pro omnibus perentorio edicto ut præsentiam sui facere commonefacto) si in eadem contumacia perseveraverit, præsentia allegationes audire; quod vel succesor ejus facere curabit . . .» Es conforme al derecho que el presidente de la provincia, después de haber llenado todas las formalidades exigidas por las leyes y haber citado por tres veces á vuestro adversario, ó una vez por todas comunicádole por un edicto perentorio á presentarse en época determinada, no obstante la ausencia de nuestro adversario, si persiste en no asistir, la sentencia del asunto no debe diferirse etc.»

EXPLICACIONES

Desarmonía notada sobre asociados. Comenzaremos por notar que en efecto existe cierta desarmonía entre la disposición del artículo 389 inserto, y el 4º de este Código; toda vez que éste expresamente dá la facultad de pedir asociados antes del día en que principie la relación de la causa, y aquel otro requiere que se haya pedido antes de terminar el lapso probatorio. Ya dijimos que por una sentencia de la Superior, quedó decido que bastaba haber hecho la solicitud en el tiempo señalado en el artículo 4º por ser una disposición fundamental. Pero conviene que el legislador haga desaparecer tal desarmonía.

Nombramiento de asociados. Contribuyamos ahora á explicar el procedimiento para constituir el tribunal de asociados.

Estando hecha la petición, el Tribunal fijará la hora de la audiencia siguiente para la concurrencia de las partes. Presentes éstas á esa hora, cada una de las dos presentará una lista de tres candidatos que tengan las cualidades legales para el puesto (ser abogados donde los haya en número suficiente), en la cual hayan suscrito sus candidatos estar dispuestos á aceptar si se les elige, y cada parte escogerá uno de la lista contraria.

Caso de no concurrir ambos ó alguno de los dos litigantes, el Juez suple la falta, así en la formación de la lista como en la elección.

ro como pueden ser varios los demandantes ó los demandados, bien juicio ordinario, bien en otros, como tercerías, particiones, concurso ne-cios etc., veámos cómo ha de procederse.

fuere un grupo de demandantes ó de demandados, ó dos grupos de-antes y demandados, cada grupo formará una lista y la presentará, ha-de constar en ella que fué hecha de común acuerdo, ó por mayoría por

no haber unanimidad, ó por la suerte, á falta de mayoría; y también se hará constar, por cual de estos tres medios fué designada la persona para escoger de la lista contraria.

Y si hubiere más de dos partes, en las tercerías, concurso, etc, que tuvieren derechos semejantes formarán el grupo que ha de obrar conforme lo prevenido en el párrafo anterior.

Pero si esos tres, cuatro ó más grupos tuvieren derechos opuestos ó desemejantes, cada grupo formará su terna como queda dicho, y el Juez insaculará papeletas con los nombres de las personas que componen las diversas ternas, y por la suerte sacará tres, que serán los de la terna de donde ha de escoger la parte contraria, y por la suerte se designará de la lista de esta, el otro asociado. Nada más dice la ley; pero dadas las reglas precedentes, si sucediere que no hubiere parte contraria, sino grupo de derechos desemejantes, claro es que de la insaculación de todas las personas se designarán por la suerte los dos asociados.

El Juez suple en todo caso. En todo caso el Juez suple la falta de las partes y de los grupos, de la manera dicha.

Derechos de los asociados. La parte que pide la constitución del Tribunal con asociados, debe consignar los derechos de éstos, calculados según el arancel.

Vista de la causa. Después de aceptar y juramentarse los asociados, instalan el Tribunal; y señalado día para la vista, proceden de la manera que establece la ley, y vamos á explicar.

El tercer día hábil después de concluido el término probatorio, es el señalado por la ley para proceder á la vista, que puede comenzar el Tribunal (haya ó nó asociados) en cualquiera de los siete siguientes, si no lo hace en el mismo designado. Pasados los ocho sin comenzar, hay que hacer nueva fijación, sin aviso á las partes si ella se hace inmediatamente, pero con citación de aquellos ó sus representantes, caso de haberse dejado trascurrir otros días más, sin la fijación oportuna.

Relación concordada. Llegado el día, el Juez hace anunciar en alta voz á las puertas del Tribunal, que va procederse á la vista de la causa, con expresión de las partes y del objeto del litigio. Entonces se hace relación concordada, esto es, ordenada de modo lógico y metódico para la mejor ilación y claridad, leyendo en alta voz en audiencia pública las correspondientes actas del proceso. Las partes pueden hacer leer cualesquiera que hayan sido omitidas.

Informes. Concluida la relación, se oyen los informes verbales de las partes, de sus abogados ó apoderados, y se leerán por cualquiera de éllos ó por el Secretario los que presentaren escritos, agregándolos al expediente.

Cada parte producirá sus conclusiones escritas en términos lacónicos.

Informará primero el demandante, luego el demandado, y por último cualquier otro interesado, como el citado de saneamiento ó garantía. El Tribunal no consentirá que sea interrumpido el informante, llamando al orden á cualquiera que lo hiciere.

Facultades del Tribunal. Si el Tribunal notare en el curso de cual- forme, digresiones, divagaciones, ó repeticiones inútiles podrá ordenar formante que se contraiga á la cuestión, y aun que pase á tratar otro; y usare de frases ó palabras ofensivas ó indecentes ó de algún modo inc- llamará al orden á quien las virtiere, y si insistiere podrá suspender y acordar la medida correctiva del caso.

Si fuere en el informe escrito que notare la dicha incorrección de

mandará textar todo lo incorrecto, y hasta podrá imponer la pena disciplinaria á que haya lugar.

Réplica y contra-réplica. En los negocios graves ó complicados puede también el Tribunal acordar réplica y contra-réplica, si se solicitare, por el término corto que designará según las circunstancias. Admitida la réplica, la contra-réplica no puede negarse.

De todo lo que se va practicando debe diariamente poner el Secretario en el expediente la constancia debida.

Objeto de la lectura. Parécenos que á nadie puede ocultarse que la lectura de las actas del proceso tiene por objeto el estudio de la causa en todos sus detalles, para poder apreciarlo todo en sus circunstancias varias y en su conjunto para poder fallar conforme al mérito jurídico, *ex allegata et probata.*

Sentencia. Sería tarea vana el pretender enseñar á los Jueces hacer esa apreciación acertadamente y dar fallos perfectamente ajustados á la justicia. El don del acierto depende de cierto poder intelectual que permite apreciarlo todo en síntesis rápida, desentrañar la verdad en medio de la confusión y enmarañamiento que exista, y poner el dedo sobre las verdaderas dificultades, para resolverlos conforme á los dictados de la ley, de la razón ilustrada y de la equidad bien entendida. Ese don se desenvuelve y cultiva con el estudio meditado, con la ilustración científica, con la buena práctica, y se completa con el recto espíritu de imparcialidad y rectitud.

Apreciación de las pruebas. Y la ley no abandona al Juez en ese trance delicado, sino que para guiar su criterio, le da reglas para la debida apreciación de las pruebas que han traido las partes al proceso, en apoyo de sus pretensiones, á fin de que puedan lograr convicciones concienzudas. En verdad que tales reglas corresponden á las materias del Código Civil, y no al de Procedimiento. Mas, como tenemos observado atrás, que las condiciones internas y externas de las probanzas se compenetran entre sí para poder llegar con unas y otras, al verdadero grado de convicción de la verdad pura que arrojen las actas procesales; no encontramos inoportuno recordar aquí aquellas reglas legales y aun las indicaciones de la ciencia respecto de ellas, para ayudar al Juez en la difícil tarea de fallar con entera justicia, dando á cada parte su derecho.

Fijación de las cuestiones. El primer propósito del Juez en su labor, ha de ser el de fijar con toda precisión las cuestiones de hecho y de derecho debatidas; sobre lo cual nos extendimos al estudiar el título *de la sentencia.* Esas cuestiones van á ser su verdadero objetivo, y no será demás todo el interés y celo que tome en apreciarlas bien.

Deber de probar. Luego se le presenta la cuestión de saber á quien incumbe la prueba en los diferentes puntos de discusión, si el asunto fuere complicado. El artículo 1281 del Código Civil establece el principio que la ciencia enseña desde Roma. *Actori incumbit onus probandi. Exipiendo reus fit actor.* Quien intenta una acción, ú opone una excepción á la acción dirigida contra él, está en general obligado á probar los hechos cuya existencia suponen la acción ó la excepción. Por el contrario, quien quiera rechazar la acción ó la excepción se limita á negar los hechos en que se fundan; no está en general, obligado á ninguna prueba, *Ei incumbit probatio qui decit, non qui negat. Negantis naturali ratione, nulla est probatio.*

Ninguna distinción hay que hacer, dicen *Aubry et Rau*, en ese res-
-o, entre los hechos positivos y los negativos. Alegado un hecho nega-
o en apoyo de una demanda ó de una excepción, debe ser probado res-
tivamente por el demandante ó el demandado, aun cuando no sea de na-
leza de poder ser establecido por medio de la comprobación de un hecho
trario; y citan aquellos autores á *Demolombe, Tullier* y otros. Explican
consecuencia, que quien demanda para la declaración de ausencia tiene

que probar que no se tiene noticia del ausente después de su desaparición: que el sucesor irregular que pretenda la posesión, tiene que probar que ningún pariente legítimo se ha presentado, etc.

Aquel á quien incumbe la prueba, debe establecer los elementos de hecho, cuyo concurso suponen el derecho ó el beneficio legal que quiere hacer valer, y nada más. Así, quien alega la prescripción no está obligado á probar que el curso de ella no se ha suspendido ni interrumpido; y quien intenta una acción negatoria no tiene otra prueba que hacer que la de su propiedad, y nó que á su contrario no compete ninguna servidumbre sobre ella.

Establecido en el caso concreto á quien incumbe la prueba en los diversos puntos de hecho, entrará el Juez á examinar las que han suministrado respectivamente las partes, estudiando con más detención las que sean más importantes y conducentes, según la naturaleza de las cuestiones, como los documentos, las posiciones, las vistas oculares, experticias, etc.

Apreciación de documentos. Sobre documentos ó instrumentos, dice el artículo 1285 del Código Civil, que el público hace plena fé de la convención que contiene y de los hechos sucedidos en presencia del funcionario público que autoriza el acto: el 1286 . . que el instrumento público y el privado (por supuesto, reconocido ó comprobado) hacen prueba entre las partes de las cosas que no han sido expresadas sino de una manera enunciativa, con tal que la enunciación tenga relación directa con el acto, pues si es extraño á él, sólo podrá servir de principio de prueba.

Enunciativas. Contra un tercero extraño al acto, no puede invocarse como título la enunciativa, verbi-gracia, si se dice en una escritura pública que la casa que se vende tiene un derecho de vista, ó de paso por sobre el fondo del vecino, esta enunciativa no forma para el adquirente título contra el tercero.

Respecto de la fuerza probante de la enunciativa contra tercero, se la niegan *Tullier*, *Duranton*, *Zachariæ*, siguiendo á *Pothier;* pero *Aubry et Rau* los combate, sosteniendo que esa enunciativa es una confesión entre las partes, y que siempre que haya de probarse la existencia de esa confesión, aun contra tercero, el instrumento basta para ello.

Documentos privados. El artículo 1287 declara que los instrumentos privados hechos para alterar ó contrariar lo pactado en escritura pública, no produce efecto sino entre los contrayentes y sus sucesores á título universal; y el 1292 señala cuándo adquieren fecha cierta, respecto de terceros, los documentos privados.

Según el caso, podrá tener el Juez necesidad de consultar algún otro artículo de dicho Código Civil, que sea aplicable. Y quizás requiere el asunto, más que todo, la interpretación de algún contrato ó acto.

En uno de los Estudios de las Disposiciones fundamentales de este Código, ofrecimos ocuparnos del artículo 13 al estudiar el tratado de la Vista y Sentencia de la causa. Vamos, pues, á nuestras observaciones sobre dicho artículo 13 y sobre la materia de que él trata. Dice así:

Interpretación de contratos y actos. «En la interpretación de los contratos y actos en que exista realmente oscuridad, ambigüedad ó deficiencia, los tribunales se atendrán al propósito y á la intención de las partes ú otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fé.

Pero como en los autores encontramos reglas para esa interpretación de contratos, nos parece oportuno indicarlas aquí, aunque sea brevemente, de este modo:

Primera regla. *Domat* formula la primera de este modo: «Si los tér

de una convención parecen contrarios á la intención de los contratantes, que es evidente, es preciso seguir esta intención antes que los términos». Debe verse, pues, si la letra parece contraria á la intención, esto es, si hay duda respecto de lo que las partes han querido y los términos del contrato son ó nó susceptibles de varias interpretaciones. Si son claros, si no dan lugar á duda, ha de atenderse á la letra; porque no hay necesidad de interpretación. Cuando los términos de que se han servido las partes no responden á su pensamiento es entonces que se da preferencia á la intención, sobre la letra.

¿Y cómo conocerá el Juez esa intención? ¿Se limitará al documento mismo, ó podrá consultar las circunstancias de la causa, y aun escritos emanados de las partes. Esto último se cree conducente, generalmente; pero han de tenerse en cuenta los principios que rigen la prueba, así en cuanto á no admisión de la testimonial en ciertos casos, como á la prohibición de crearse títulos en falor de sí mismo. Con esa precaución, el Juez puede sacar los elementos de su convicción en cuanto á la intención de las partes, sea de los hechos, sea de los escritos. *Tullier* y *Dumoulin* juzgan que lo más seguro es seguir la interpretación que las mismas partes, hayan dado, por la manera como hayan ejecutado el contrato. A su falta, podrán seguirse los usos del país donde el documento se ha hecho y deba ejecutarse.

Segunda regla. La segunda regla es que: «cuando una cláusula es susceptible de dos sentidos, debe entenderse siguiendo aquel que produzca algún efecto, con preferencia á aquel que la deje sin ninguno.» *Laurent* aconceja no abusar de tal regla para hacer decir á las partes cosa distinta de lo que quicieron decir.

Tercera regla. La tercera regla es que: «los términos susceptibles de dos sentidos se han de entender en el que convenga más á la materia del contrato». *Porthier* pone por ejemplo una cláusula que dijera: «Arriendo á N. por nueve años mi heredad tal, por la suma de trescientas liras;» ciáusula que no debe entenderse que estipula una entrega única de trescientas liras, sino una pensión anual de esa suma, porque la naturaleza del contrato de arrendamiento es que el precio consista en prestaciones anuales.

Cuarta regla. La cuarta regla es que: «el pacto ambiguo se interpreta según el uso del país en que se hace el contrato. Si ha de ejecutarse en otro lugar, el Juez, según la naturaleza del contrato y según las circunstancias, decidirá por cual uso deba interpretarse». *Borsari* critica esta regla por la impropiedad de la palabra *ambiguo*, que no nace del silencio ú omisión explicativa, sino del equívoco de la palabra y también por la generalidad de los términos, juzgando con razón, que sólo deba apelarse al uso local cuando la materia sea tal que el uso pueda ilustrar y aclarar. En lo demás ha de buscarse la intención de las partes en el contrato mismo y en las circunstancias de la causa, y aun en los principios legales.

Quinta regla. La quinta regla es que: «las cláusulas de un contrato se interpretan las unas por las otras, atribuyendo á cada una el sentido que resulta del acto todo». Observa *Laurent* sobre esta regla, que como un contrato puede contener diversas estipulaciones que forman otras tantas convenciones independienies las unas de las otras, cada una debe interpretarse como un contrato aparte.

Sexta regla. La sexta regla es que: «en los contratos deben suplirse las cláusulas que son de uso aunque no estén expresas». Por cláusulas de uso iende *Borsari* los modos de ejecución que se practican comúnmente en el r, como pago de pensiones de arrendamiento de casa, de uso de agua etc.

éptima regla. La séptima regla es que: «las oscuridades y las incertidum- de las cláusulas que obligan, se interpretan en favor del obligado». Es- porque quien se obliga no quiere sino lo menos, y toca al acreedor expli- claramente lo que él pretende para poder entender que el deudor se ha ido á ello.

Octava regla. La octava regla es : « que por generales que sean los términos de una convención, ella no comprende sino las cosas sobre que aparece haber querido contratar las partes ». Un recibo dado en un arreglo de cuentas por mercancías tomadas, por ejemplo, por general que sea en sus términos, no comprende otros negocios, como alquileres de casas, intereses de deuda pública etc. *Nihil est in conventione quod non fuerit in animo.*

Novena regla. Y la novena y última regla es que : «cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicación de la obligación, no se entiende que se ha querido excluir por eso, los casos no expresados, á los cuales la razón puede extender el mismo pacto ». Esta regla rechaza el argumento á *contrario* en las estipulaciones.

Las reglas enumeradas que son de los Códigos Civil francés é italiano, fueron tomadas de *Pothier*; y los escritores las explican é ilustran con ejemplos para su acertada aplicación.

Doctrida de Aubry et Rau. Aubry et Rau, con su acostumbrado tino, enseñan que sólo en los casos siguientes ha lugar á interpretar un contrato:

a) Cuando los términos de que se han servido las partes presentan en sí mismos alguna oscuridad ó ambigüedad.

b) Cuando á pesar de su claridad, esos términos tomados en su sentido literal, no son susceptibles de conciliarse con la naturaleza del contrato y la intención evidente de las partes.

c) Y en fin, cuando la comparación de dos ó más cláusulas de la convención, engendran dudas sobre el alcance de esas diversas cláusulas.

Fuera de esos casos, agregan, no es permitido al Juez separarse del sentido literal de los términos, so pretexto de interpretación.

Actos de última voluntad. Dan también los autores algunas otras reglas especiales para la interpretación de ciertos actos, como transacciones, capitulaciones matrimoniales y otros ; pero no creyendo deber entrar á exponerlos aquí para no alargar demasiado este estudio, que invade el terreno del Código Civil, nos limitamos á presentar la doctrina de los citados *Aubry et Rau* respecto de las definiciones de última voluntad, por ser materia de más frecuentes discusiones en la práctica.

Reglas para interpretar los testamentos. Aquellos autores dicen : « Toda cláusula testamental concebida en términos claros y precisos, y que desde luego no presenta, en su combinación con las otras cláusulas del testamento, contradicciones capaces de hacer incierta ó dudosa la voluntad del testador, debe ser tomada tal cual es » *Cum in verbis nulla est ambigüitas, non debet admitti voluntatis quæstio*».

«El Juez no podrá, con el pretexto de que el testador, por haber expresado su voluntad de una manera inexacta ó incompleta, ó haber necesidad de interpretarla ó completarla, ni sustituir á una disposición clara y formal una cláusula que produzca efectos diferentes ; ni agregar á una disposición pura y simple por sus términos ó por su naturaleza y su objeto, una condición ó un modo no escrito en el testamento; ni aún para dar efecto á una disposición nula según ese tenor literal atribuir al testador una intención diferente de la que él ha expresado».

«Pero ha lugar á esa interpretación siempre que las cláusulas de un testamento tomadas aisladamente y en sí mismas, son oscuras ó ambiguas, [illegible] la comparación de una cláusula con otras del mismo acto ó de las de otro [illegible] mento hace dudoso el sentido ó el alcance, y que por consecuencia de [illegible] otra de estas causas, hay incertidumbre, ya sobre la persona del le[illegible] ó de la cosa legada, ya sobre el carácter de una disposición como [illegible] puro y simple, modal ó condicional, ya sobre la revocación de un le[illegible] cualquiera otra cuestión dependiente de la voluntad del testador».

«Las disposiciones de última voluntad que haya necesidad de interpretar, deben serlo según la intención presunta del testador. El Juez debe, ante todo buscar esa intención en el conjunto de las cláusulas del testamento, ó de los testamentos, si existieren varios, ateniéndose menos al sentido técnico de los términos de que se haya servido, que á la acepción en la cual probablemente los ha empleado, según su modo de hablar acostumbrado. Subsidiariamente consultará la posición personal del testador, sus relaciones con sus parientes y los legatarios y los usos del país. Si para mejor penetrar la intención del testador juzgare necesario fijarse en ciertos hechos, contestados entre las partes, podrá admitirse ó autorizarse la prueba de testigos. También podrá el Juez, para formar su convicción, tomar en cuenta enunciaciones ó declaraciones contenidas en escritos emanados del testador, aunque no reunan las condiciones requeridas para las formas de testamento».

«Cuando esos medios de investigaciones sean insuficientes para disipar las dudas sobre la intención del testador, se debe para la solución de la dificultad, atenerse á la siguiente distinción:

«Si la cuestión nacida entre los herederos tiende á privar enteramente al legatario del beneficio del legado, se deberá preferentemente interpretar la disposición en un sentido que le dé algún efecto. En este caso el favor es debido al legatario . . .

Si al contrario la controversia no tiende á hacer anular el legado, ó hacerlo declarar caduco ó ilusorio, sino sólo á restringir su efecto, se debe, en la duda, sobre la intención del testador, adoptar la interpretación que da á la disposición un efecto menos extenso. En este caso el Juez se inclina en favor de la persona encargada del cumplimieeto del legado».

La consulta de las disposiciones del Código Civil aplicables al caso, según la materia; y la observancia de las reglas precedentes, guiarán al Juez en esas cuestiones testamentarias. Y con esto dejamos dicho cuanto nos propusimos decir aqui, respecto de la interpretación de documentos, aun traspasando los límites del procedimiento.

Pero sigamos ahora indicando las reglas legales de apreciación de los demás medios de pruebas.

Estimación de la confesión. Respecto de la confesión dispone el artículo 1330 del Código Civil: que lo hecho por la parte ó por un apoderado dentro de los límites del mandato ante un Juez, aunque sea incompetente, hace contra ella plena prueba: el 1331 que la confesión extrajudicial produce el mismo efecto, si se hace á la parte misma ó á quien la represente, pues si se hace á tercero, sólo produce indicio: el 1332 que la extrajudicial no puede probarse por testigos, sino en los casos en que es legal esta prueba: el 1333 que la confesión judicial ó extrajudicial no puede dividirse en perjuicio del confesante, ni éste puede revocarla si no prueba que ha sido el resultado de un error de hecho; explicando los autores que la indivisibilidad de la confesión se entiende cuando contiene modificaciones ó circunstancias que no pueden separarse del hecho confesado, como cuando se conviene en el recibo de una cantidad, y se añade que fué en pago de una deuda; caso en el cual no puede tomarse sólo la parte del recibo y declarar lo demás; pero nó cuan- contiene modificaciones ó circunstancias que son independientes ó pueden rarse del hecho confesado, verbi-gracia, si se reconoce una deuda y se le que se ha pagado después; pues entonces deberá probarse el pago que se tenga como verdadero.

Con lo expuesto, y lo dicho en su lugar sobre la prueba de posiciones apreciar bien el Juez la fuerza de la confesión.

del juramento decisorio. En cuanto al juramento decisorio, sólo debe- cordar la disposición del artículo 1344 que no admite á la parte con-

[illegible] á [illegible] que se ha presentado referido ó referido; y la [illegible] no hace prueba [illegible] y de sus herederos ó [illegible] expresadas de señalados ter[illegible] Código Civil.

[illegible] Y es en la oportunidad de hablar del asenti[illegible] á resoluciones del Tribunal ó á ciertos actos del proce[illegible] en la misma sustanciación; [illegible] de algún recurso y [illegible] entre las partes.

[illegible] Tribunal pueden ser consentidas por las partes: ya [illegible] en [illegible] ó en escrito; ya tácitamente [illegible] ó procediendo voluntaria[illegible] á parte á quien corresponde cumplir, sin salva [illegible] sus efectos en contra del que lo [illegible] la parte cuando sea obra del apoderado, por [illegible] entra directamente en las facultades del apoderado judicial.

[illegible] de las partes, como el nombramiento de [illegible] en las experiencias y en la obra de la exigencia de [illegible] como el objetar la suficiencia de los bienes [illegible] ó la del fiador ofrecido. Si la otra parte presta su [illegible] perito, ó consiente en la objetada [illegible] ó tácitamente presentando más bienes ó nuevo fiador [illegible] pierde todo su efecto, y la parte no puede revocarlo ni [illegible] virtud de él.

Y en fin las partes en sus escritos pueden hacer ciertas declaraciones ú observaciones para sostener sus respectivas pretensiones; y sus contrarios quieren [illegible] lo que les sea favorable en ellas. Tales exposiciones no podrán tomarse como formales confesiones, salvo especialidades de casos concretos en que la ley lo autorizase; pero sí podrían producir indicios, más ó menos [illegible] las circunstancias, que debe apreciar el Tribunal [illegible] teniendo siempre presente la capacidad de la persona y las facultades del representante, que no se extiende á actos de enajenaciones; y menos de bienes raíces.

II de la prueba de testigos. En cuanto á la apreciación de la prueba de testigos copiamos aquí el artículo 1318 del Código Civil, como complemento de lo que dijimos en el tratado sobre esa prueba.

Aquel artículo dice: «Para la apreciación de la prueba de testigos observarán los tribunales las reglas siguientes:

«Dos testigos contestes hacen prueba plena, salvo los casos en que se exija más por disposiciones especiales».

«Si estimarán también como plena prueba las declaraciones de testigos no contestes, que en su conjunto demuestren la existencia del hecho de que se trata.»

»La declaración de un solo testigo podrá ser prueba plena, [illegible] que la complete.»

«El Tribunal examinará si las exposiciones de los testigos [illegible] entre sí y con las otras pruebas; y estimará cuidadosamente los m[illegible] las exposiciones y la confianza que merezcan los testigos por su [illegible] tumbres, la profesión que ejercen y demás circunstancias.»

Amplio es el campo que esas reglas legales dejan al Juez [illegible] tada apreciación de la peligrosa prueba de testigos. Cuando el [illegible]

grave y complicado, como en las acciones por cuasi-delitos y otras en que los hechos envuelven todo el interés del debate, y en que á una prueba testimonial se opone otra del mismo género, todo dependerá del interés del Juez en examinarlo, en todas sus circunstancias y detalles, y de su rectitud de criterio imparcial. No medirá el mérito por el número de testigos, sino por la fuerza de convicción que desentrañe de las afirmaciones contrapuestas, con la luz de la verdad, según la verosimilitud de los hechos que se preguntan, la de las respuestas y sus razones, y la mayor ó menor credibilidad del declarante.

En todo caso no deberá olvidarse de examinar cuidadosamente la admisibilidad para su fallo definitivo; teniendo en cuenta que hay casos en que la prueba de testigos necesita que existan ciertas condiciones señaladas por la ley para que produzcan efectos, verbi gracia, para probar nacimiento, muerte, matrimonio, etc. en que la prueba natural y legal es la exhibición de las correspondientes certificaciones del Registro civil y sólo por excepción se admite á probar con testigos, cuando se demuestra que no se llevaron, que se han perdido, etc.

Y en fin referimos, al lector, á lo dicho en el tratado de la prueba de testigos.

Id. de la inspección ocular. En cuanto á inspección ocular ya dijimos que es una prueba segura y eficaz respecto del estado de las cosas y de todas aquellas circunstancias para cuya comprobación basta la vista. La verdad y la buena fé, son suficientes para apreciar los resultados.

Id. de las experticias. Respecto de cuestiones de hecho, cuya solución requiere conocimientos periciales, y son objeto de las experticias, la ley misma dice al Juez, como lo vimos en su lugar que puede separarse del juicio de los expertos, cuando su convicción se opone á ello, esto es, cuando tal convicción nazca de otros datos ó recaudos del expediente, ó de los dictados de una lógica inflexible. Véase lo que dijimos antes al ocuparnos de esta prueba.

Id. de las presunciones. Réstanos sólo decir algo sobre las presunciones. Los artículos 1324 á 1327, no sólo las definen diciendo que son las consecuencias que la ley ó el Juez sacan de un hecho conocido para establecer uno desconocido, «sino que establecen las que son legales, y á las cuales debe someterse el Juez según la doctrina allí expuesta. Y el artículo 1328 se refiere á las que se conocen con el nombre de *hominum* que deja á la prudencia del Juez; diciéndole sí, que no puede admitir sino las que sean graves, precisas y concordantes. Esto quiere decir que los diferentes hechos de los cuales han de nacer las consecuencias ó presunciones, deben estar probados y han de ser importantes y procedentes en la cuestión; precisos y no dudosos ni confusos y concordantes, esto es, con tal enlace unos con otros, que conduzcan naturalmente al mismo fin. Por ejemplo: dos presenciaron que A. y B. trataban de que aquél vendiese á éste el caballo tal por tal precio; otros dos vieron á B ir á su casa de A y tomar la bestia y conducirla á la suya; y otros en fin, que vieron á B conducir un saco de dinero casa de A: ninguno de los testigos dice más que lo que vió, pero están conformes en el tiempo. Si disputa A á B haberle vendido el caballo, sosteniendo que se lo alquiló únicamente, claro es, que las presunciones que se desprenden de los hechos son en favor de la venta y nó del alquiler, y tienen fuerza legal, por ser graves, precisas y con-
-tes.

amos adelante.

SECCION 2ª

Del procedimiento en segunda y tercera instancia

Art. 396. El Secretario ó Canciller tomará razón de la fecha en que llegaren los autos en apelación al Tribunal de alzada.

Art. 397. El mismo día en que se reciban, el Juez ó el Presidente del Tribunal fijará para la vista cualquiera de los días comprendidos entre el quinto y el décimo quinto de los siguientes al del recibo, si la sentencia fuere definitiva; y uno de los cinco días siguientes al del recibo, si fuere interlocutoria.

Art. 398. En segunda instancia no se admitirán otras pruebas que la de documentos públicos, la de posiciones y la de juramento decisorio.

Los primeros podrán producirse hasta en el acto de estarse viendo la causa, si no fueren de los que deban acompañarse á la demanda; las segundas y el juramento se admitirán si se pidieren antes del día en que principie ó verse la causa.

Art. 399. Las causas se despacharán por el orden en que estén en el Registro de entrada; excepto las que el Tribunal considere urgentes, que se verán y sentenciarán con preferencia.

Art. 400. Cuando vaya á principiarse la vista de la causa, el Alguacil lo anunciará en alta voz á las puertas del Tribunal y se procederá á hacer relación concordada de las actas del expediente.

Art. 401. Terminada la relación, se oirán los alegatos de las partes y de sus abogados, si lo solicitaren.

Si una sola de las partes ha apelado, á ella se le oirá primero; pero si ambas lo han hecho, se oirá primero á la demandante.

Cuando varias partes sostengan las mismas pretensiones, el Tribunal designará el orden en que deban hacerse los alegatos, á no ser que ellas mismas lo establezcan de común acuerdo.

Sólo una vez podrá alegar cada parte, á menos que después de haberlo hecho, la contraria presente documento público, en cuyo caso se le permitirá discurrir sobre él únicamente, suspendiéndose el acto para la audiencia siguiente, si así lo pidiere.

Sin embargo, en los asuntos graves y complicados podrá la Corte acordar réplica y contra-réplica, si se pidiere; por un término [illegible] que fijará.

También podrá la Corte hacer uso de la facultad que [illegible] al Tribunal de Primera Instancia para evitar abusos en los in[illegible].

Art. 402. Cada parte al terminar sus alegatos presen[illegible] conclusiones escritas, en términos concisos.

ESTUDIO 113

ANTECEDENTES

DERECHO PATRIO.—Los siete artículos insertos son los 288, 289, 290 291, 292 y 293 del Código 1880, no teniendo el 402 actual antecedentes en los Códigos anteriores. Aquellos seis del de 1880, son los 284, 285, 286, 287, 288 y 289 del de 1873. Esas disposiciones son sustancialmente iguales á las contenidas en los artículos 1º, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 de la Ley única Tít. IV del Código de 1838, salvo la lista de las causas en las puertas del Tribunal, la lectura de todo el expediente, la admisión de documento auténtico y la vista y la sentencia en una sóla sesión, que consagraba este último Código. La Ley de Colombia de 1825, que seguía en esto la doctrina española, exigía mejora oportuna de la apelación, y aceptaba pruebas en un término común que fijaba el Tribunal.

DERECHO ESPAÑOL.—Pueden verse las leyes del *Tít. XX Lib. XI de la Nueva Recopilación*, que no nos parece necesario insertar, como tampoco buscar como obraban los romanos.

EXPLICACIONES

Claridad del procedimiento. Como diariamente se practica lo que la ley establece en esta Sección, toda explicación sobre la materia respecto de la vista y sentencia de la causa, sería inútil. Sólo diremos las razones que justifican las disposiciones.

El registro de entradas es indispensable, así para el orden del archivo, como para el despacho.

El registro de fijaciones anticipadas, tiene por objeto arreglar el trabajo del Tribunal según sus ocupaciones, y dar tiempo á las partes para preparar sus respectivos informes y conclusiones.

No hay pruebas en segunda instancia. Excepción. No pueden promoverse pruebas en segunda instancia, puesto que ya se dió tiempo bastante á las partes para producir y evacuar en primera, las que creyeren conducentes; y no tendrá objeto abrir otra lucha probatoria. Pero como las posiciones no interrumpen el curso de la causa, y la confesión es una prueba de importancia decisiva, se da tiempo para poder aún tomar algunas, pidiéndolas en la oportunidad que dice la ley. También se permite presentar documentos públicos, sólo públicos, siempre que no sean de los que debieren acompañarse á la demanda, que ya dijo el legislador no deben admitirse después. Y como el Código Civil permite deferir el juramento decisorio en cualquier estado de la causa, claro es que bien pudiera hacer eso en segunda instancia.

Pero debe entenderse que la ley no excluya la prueba que requiera cualquier incidencia que ocurra en esa instancia, como recusación, acumulación de autos, tacha de documentos producidos entonces, afianzamiento, etc.

La preferencia en la vista de las causas, tiene por objeto atender [illegible] criminales para no prolongar el sufrimiento de los detenidos, y para [illegible]der también en las civiles á las partes que se están perjudicando por [illegible]rgos, etc.

En cuanto á relación de la causa, solo debemos advertir que se acostumbra [illegible]sta instancia empezarla por la lectura de la sentencia apelada, seguir con [illegible]elaciones, y luego con la demanda, contestación, etc.

Recomendación sobre informes. Respecto de informes, no estará de más recordar á los abogados y demás interesados, la necesidad de no usar sino de un lenguaje culto, absteniéndose de insultos, de acriminaciones, groserías, y cuanto desdiga del respeto que se debe al Tribunal, y de las consideraciones que merecen los Abogados y Procuradores. Los Jueces deben llamar al orden al que se excediere en cualquier forma, y apercibir al infractor con la multa del caso, si reincidiere; y deben ser severos, para no tolerar las inconvenniencias, y conservar siempre la dignidad del puesto y el prestigio de la administración de justicia.

Y eso que decimos de los informes orales, debe con mayor razón corregirse en los escritos y conclusiones, haciendo testar toda palabra indebida, y no omitiendo las penas con que la ley arma á los Jueces.

Entrada en sentencia. Terminados los informes y la réplica y contrarréplica, si las ha habido, el Tribunal declarará *vistos*, y entrará en sesión secreta para sentenciar. En cuanto á ésta, lo primero que debe hacer el Tribunal, es fijar bien la materia de la apelación, pues muchas veces solo se apela de lo desfavorable, quedando así puntos ejecutoriados por el consentimiento de la parte, que el superior no puede alterar.

También debe observar el Tribunal si en la sentencia apelada hay omisión respecto de algún punto principal, porque entonces su deber es, en nuestro concepto, devolver el expediente al inferior para que decida sobre el punto no fallado. Por lo demás el superior ha de corregir los agravios de que se queja el apelante, si así es de justicia.

Art. 403. Aunque el Tribunal de segunda instancia advierta faltas sustanciales en el procedimiento no mandará reponer la causa cuando alguna de las partes no lo pida; á menos que la parte á quien perjudiquen dichas faltas hubiere dejado de concurrir á la instancia en que se noten, ó que aquellas sean de tal naturaleza que no puedan ser cubiertas con la presencia misma de la parte.

Pero en la sentencia, y por lo que resulte del procedimiento, aplicará la Corte las penas disciplinarias del caso, conforme á las facultades que dá el artículo 37 de este Código.

ESTUDIO 114

ANTECEDENTES

DERECHO PATRIO.—El articulo copiado es el 160 del Código de 1880, igual 158 del de 1873, tomados del 28, de laLey única Tit. XI del de 1838, que por estar entre disposiciones generales, se ha traido en la última revisión al lugar que ocupa hoy, que es el propio lugar.

DERECHO ESPAÑOL.—No encontramos ninguna disposición especial sobre reposición de la causa. El *Escriche* sólo dice en la palabra *Reposición*, que el agraviado por una providencia, podía pedir reposición por contrario imperio. Pero pone en la palabra *Sentencia nula* como causa de nulidad, entr , las palabras ó formalinades esenciales del procedimiento. Pueden r s leyes de la Nov. Recop. arriba citadas.

EXPLICACIONES

Faltas sastanciales. El interés del legislador en la fiel observ. s formalidades del procedimiento, lo movió sin duda, en beneficio de

gantes y de la misma administración de justicia, á llamar la atención del Juez de alzada, al ver la causa para sentencia, respecto de las faltas que pudieran existir en el proceso.

Id materiales. En cuanto á las materiales y otras que no son sustanciales, lo refiere á las disposiciones del artículo 37, para la imposición de las penas allí establecidas contra los infractores.

Reposición de la causa. Y sobre las sustanciales dice que aunque el Juez de la alzada las advierta, no mande reponer la causa cuando alguna de las partes no la pida. La regla es, pues, que no puede ordenar de oficio la reposición. Pero hace las siguientes excepciones: que no hubiere concurrido á esa segunda instancia, en que se han observado las faltas, la parte á quien perjudiquen. O que esas faltas sean de tal naturaleza que no puedan ser cubiertas con la presencia misma de la parte.

Exige la ley que las faltas sean sustanciales. Es necesario recordar las doctrinas de *Carré* sobre esta materia, á que nos referimos en los Prolegómenos. La forma de los diversos actos que componen el procedimiento, es el conjunto de las exigencias de la ley para que el acto quede perfecto, citación, contestación, etc. Esas exigencias, pasos, constancias, manifestaciones, etc., son las formalidades de cada acto. De ellas, unas son sustanciales, otras nó.

Pena legal. Lo primero á que hay que atender, es á la voz de la ley. Si ella declara expresamente nulo el acto por falta de las formalidades, por nulo ha de tenerse: y así, cuando ella dice: «suspéndase el curso de la causa cuando se ha recusado legalmente al Juez, ó cuando éste hubiere recibido oficio promoviéndole competencia en el asunto; y lo que se actuare después será nulo», no queda más camino que obedecer la ley. La forma puede ser también una cláusula irritante, como cuando dice: Es formalldad necesaria para la validez de todo juicio la citación del demandado para la litis-contestación». Implícita pero claramente pronuucia ahí la nulidad.

Si la ley calla, entonces hay que examinar si la falta es sustancial. Lo es, cuando recae sobre lo que constituye la esencia del acto mismo, ó bien cuando con la falta no queda lleno el objeto del legislador. ¿Cómo podía haber citación si no se hiciera conocer el libelo ó boleta al citado mismo, y no estuviera en el expediente la constancia legal? ¿Cómo se llenaría el objeto del legislador de que todos los Jueces que han de fallar un proceso estén del todo instruidos de él, si por ejemplo, hecha relación é informes y declarado visto el asunto, muere repentinamente uno de los Jueces, y su sucesor, sin más señalamiento, relación é informes entrase á decidir el asunto? Nulo sería ese modo de proceder.

Caducidad. Puede no ocurrir ninguna de las dos cosas, sino que se haya dejado pasar un término para un recurso, de apelación, de hecho ó de casación, y que se haya interpuesto después de pasado el lapso. La sanción que tiene tal falta, como lo trae *Carré* y se reconoce generalmente, es la caducidad del derecho al recurso; y por tanto el recurso extemporáneo no produce ningún efecto.

Exposiciones de la ley. Volvamos ahora á las dos excepciones del artículo. Es la primera, que la falta sustancial se haya notado en la instancia superior de que se trata, á la que no haya concurrido el perjudicado por la falta. Como no se trata solo del interés de la parte, sino también del interés de la justicia, debe evitar y corregir los vicios que puedan anular los juicios, faltando la parte que pudiera subsanarlo, al ser posible, ese interés público es bas- para que los Jueces obren de oficio y manden reponer el proceso.

puede suceder que la falta sea de tal naturaleza que no pueda ser cu- con la presencia misma de la parte, que es la segunda previsión del lo. En efecto según los autores, tales faltas son aquellas que no recaen

sobre ninguna disposición de procedimiento establecida solo en beneficio y provecho de las partes; y vienen á ser por lo mismo de orden público, ó por lo menos de interés público interior, que ha de sobreponerse al interés privado.

Nos parece bastante lo dicho sobre la importante materia de que nos hemos ocupado.

Art. 404. La sentencia de segunda instancia causará ejecutoria cuando sea conforme de toda conformidad con la de primera.

Si no lo fuere podrá ser apelada en cuanto difiera de la primera.

Si se anunciare y admitiere recurso de casación contra la sentencia que quede ejecutoriada, se le dará curso. Si eso fuere admitido, la Corte ó Tribunal superior devolverá los autos al inferior para la ejecución de la sentencia, expirados cinco días después de librada, si ambos tribunales residieren en el mismo lugar, ó por el correo próximo si residieren en distintos, dejando en ambos casos copia certificada de la sentencia. En el caso de haberse pedido copias para ocurrir de hecho deberán expedirse, de conformidad con lo dispuesto en el Título siguiente.

Art. 405. Si hubiere habido recurso de casación, al recibir la Corte Superior devueltos los autos, mandará cumplir la sentencia de casación, y si no debiere retener el expediente para nueva sentencia, dentro de dos días, ó por el próximo correo, devolverá los autos al inferior, dejando copia de la sentencia de casación, que formará expediente con la de segunda.

Art. 406. Si el Tribunal de segunda instancia fuere unipersonal, cualquiera de las partes podrá pedir que se nombren asociados para la vista y sentencia, si el asunto fuere de mayor cuantía. En tal caso, para la constitución del Tribunal de asociados, se obrará en todo de la manera establecida en la Sección primera de este Título.

Art. 407. Regirán en tercera instancia las disposiciones que quedan establecidas en esta Sección para la segunda instancia.

ESTUDIO 115

ANTECEDENTES

DERECHO PATRIO.—Los artículos insertos corresponden á los 294, y 297 del Código de 1880, y éstos á los 290, 291, 292 y 293, del con muchas modificaciones en ellos, respecto de los actuales. Viene artículos 10, 11, 12, 13, y 14 de la Ley única Tít. IV del Código 1838, y d 2 y 3 de Ley única Tít. V del mismo Código de 1838; que se re la segunda y tercera instancia, sin previsión de casación, que no e

DERECHO ESPAÑOL.—Pueden verse las leyes arriba citadas

EXPLICACIONES

Términos del fallo. Publicada la sentencia hemos de encontrarnos con algunos de estos resultados:

O que revoca del todo la de primera instancia; y entonces habrá lugar á tercera, oyéndose la apelación que se interponga.

O que la reforma, confirmándola en alguna parte y modificándola en otra; y entonces, sólo habrá apelación en la parte en que no estén conformes los dos fallos de primera y de segunda instancia.

O que la de segunda confirma en todas sus partes la de primera, que queda así ejecutoriada.

En los dichos casos de apelación, se deja en el Tribunal Superior copia certificada de su sentencia, y se suben los autos, como está explicado ya, al Tribunal de tercera. Pero si la apelación es sólo de la parte en que no están conformes los dos fallos, puede, á más de la apelación, y se acostumbra, anunciar casación respecto de lo que queda ejecutoriado, á lo cual no se da curso sino que se espera el fallo de tercera,

En el caso de confirmatoria, y por tanto de ejecutoria, sólo puede tener entrada el recurso de casasión.

En tercera instancia, si la hubiere, se hace exactamente lo mismo que se manda á practicar en la segunda, pues así lo ordena la ley.

Y si ha habido casación, al ser devueltos los autos, sea á la Superior sea á la Suprema, se manda respectivamente á cumplir la sentencia de Casación, se saca copia de ella, que se une á la que allí existe, y se baja el expediente; á menos que á alguno de aquellos dos tribunales se haya mandado á dar nueva sentencia, que entonces deberá conservar los autos para ese efecto.

Nota: Como en el Código novísimo, de 1904, se agregó un artículo sobre autos para mejor proveer, en el Apéndice de este Tomo, se explica dicho artículo.

TITULO V

DEL RECURSO DE CASACION

Antes de entrar á considerar las disposiciones que bajo ese título contiene este Código, queremos detenernos para contemplar por un momento, la grandeza de esa Institución, que, ha llegado á constituir uno de los más preciosos adelantos de los tiempos modernos en la ciencia del Derecho.

No es nuevo para nadie, que si echamos una ojeada sobre la superficie de nuestro globo, para notar cuánto el esfuerzo humano ha realizado en el siglo acaba de finar, no podemos menos que admirar las verdaderas maravillas por do quiera se presenta á nuestra vista. El triste aspecto de los pue-, viejos ó incipientes, ha cambiado de modo brillante. Los secretos arran-s á la madre naturaleza, por la ciencia y el trabajo, han derramado luz ios llenas, hasta en los últimos rincones: han cruzado los oceanos, los y los ríos, rápidos bajeles que á impulso del vapor, reparten acá y los productos de las crecientes industrias, y animan el comercio univer- y la ciencia enseñoreada de todo, enriquece más, cada día, á la humani- sus descubrimientos. ¿Quién ignora todo esto? Es la chispa que

el Creador puso en la frente de su predilecta criatura, que se ha tornado en la más luminosa antorcha que han contemplado los siglos.

¿Había de quedar retrazado el derecho, la justicia, que *de cælo prospexit*, según el Salmista? Nó: y aparte de cuanto el cristianismo vino aportando á la perfección del Derecho, los Códigos modernos están atestiguando las contínuas labores de los Maestros en las Naciones adelantadas, en ese mismo perfeccionamiento de la ciencia. ¿Cuánto caudal de conocimientos no viene acumulando la Jurisprudencia y la práctica con la sola frase que se escribió en los Códigos, ordenando *el motivar les fallos?* ¿Y cuánto, cuánto, no debe la Justicia y la Ley, su poderoso apoyo, á esa brillante Institución llamada Casación? Allí en su trono, los Sacerdotes dignos, de la divina Justicia, con mano sabia y discreta, atajan los exceso de poder: con sensata meditación interpretan los textos para hacer luz en el vacío y en la oscuridad; y con esmero cuidadoso conservan la unidad de la legislación que cada país tiene á bien darse. Nosotros que en nuestro modesto bufete sólo hemos venido siendo incansables adeptos al estudio del Derecho, desearíamos que el culto sincero de la Justicia y del Derecho, se arraigase de tal modo, que á ejemplo de las Madonas en Italia, se encontrase á cada encrucijada de los caminos, un nicho de aquella Diosa, (la Justicia) á quien se guardase reverencia.

Pasaremos ahora á señalar los orígenes de la Casación.

Merlin—palabra Casación—§ 1º origen del recurso, dice:

«Por las antiguas ordenanzas, el sólo medio de obrar contra una sentencia del Parlamento, era obtener del Rey el permiso de proponer que había errores en la sentencia.»

«Pero como frecuentemente se obtenían, importunando, cartas para atacar las sentencias sin proponer los errores, y esas letras expresaban también que la ejecución de la sentencia se suspendiese hasta cierto tiempo, y los querellantes ocurrían á otros Jueces distintos del Parlamento, Felipe de Valois ordenó, en 1331, que en adelante la sola vía de obrar contra las sentencias del Parlamento sería la de impetrar del Rey cartas para poder proponer errores contra esas sentencias: que quien pidiese tales cartas, expusiera por escrito los errores que pretendiese haber en la sentencia, á los *maîtres de requêtes* ó á los otros oficiales del Rey que acostumbran despachar tales cartas, los cuales juzgarían á primera vista, si había ó no lugar á acordarlas: que si eran acordadas, los errores propuestos serían enviados con las cartas á las gentes del Parlamento, que corregirían su sentencia, si había lugar, en presencia de las partes.»

«Ordenó al mismo tiempo que esas proposiciones de error no suspenderían la ejecución de las sentencias: que sin embargo, si había apariencia de que después de la corrección de la sentencia, la parte que hubiera ganado su proceso, no estuviese en estado de restituir lo que por virtud de ella hubiese gozado, el Parlamento podría proveer á ella; y en fin que no se admitiesen proposiciones de error contra las sentencias interlocutorias.»

«Aquellos á quienes el Rey permitía proponer errores contra una sentencia del Parlamento, debían, antes de ser admitidos á hacerlo, dar caución de pagar las costas y daños y perjuicios, y una doble multa para el Rey, en el caso de sucumbir.»

«Por el artículo 136 de la ordenanza de 1339, se dispuso que po[illegible] posiciones de error quedaba obligado el proponente á consignar 240 lib[illegible] s Cortes soberanas.»

«La ordenanza de Blois dispuso que el que hubiere obtenido *rey*[illegible] *il* (otra vía legal para obrar contra una sentencia) no podría ser admitid[illegible] ner errores, ni viceversa.»

«Y en fin el artículo 42, título 35 de la ordenanza de 1667 dero[illegible] posiciones de error.»

Tarbé, después de citar algunas textos romanos,' y unas frases de Carlomagno y de San Luis, trae las mismas ordenanzas de Felipe el Hermoso, de Felipe de Valois, y las demás que cita Merlin, como orígenes de la Casación; agregando que el Consejo del Rey era el llamado á casar las sentencias de las Cortes soberanas, y esto hasta la institución de la Corte de Casación en 1790 que fué instalada el 20 de abril de 1791.

Borsari, (Procedimiento), después de una rápida ojeada á las ordenanzas francesas citadas, concluye así:

«La Casación por tanto no existía como institución: no existía como atributo del poder judicial: era un ramo de la administración, un ejercicio directo de la justicia real. No tenía por eso, y no podía tener un carácter de generalidad: no constituía parte del derecho público del Estado, y sobre todo no tendía á la obra de la jurisprudencia, á la unidad y uniformidad de las interpretaciones legislativas.»

Caravantes, recuerda varios textos romanos, que en su concepto ofrecen mayor analogía con el principal objeto de la Casación; así como también cita la Ley 28, Tit. 1º, Lib. 2º del Fuero Juzgo, que según él, presenta analogías más marcadas, hasta que llega al artículo 261 de la Constitución española de 1812, donde cree encontrar el verdadero origen, toda vez que aquel artículo designaba como una de las atribuciones del Tribunal Supremo de justicia, el conocimiento de los recursos de nulidad contra las sentencias de las Audiencias, para el efecto de reponer el proceso devolviéndolo á las mismas y hacer efectiva la responsabilidad de los juzgadores que hubieran infringido los trámites esenciales del juicio. Y termina diciendo que fué la Ley de enjuiciamiento la que dejó establecido el Recurso de Casación.

Finalmente nuestro *Sanojo* nos dice que fué en 1876 que se puso en práctica en Venezuela el Recurso de Casación; «pues si bien la Constitución de 1830 dió á la Corte Suprema de la República, la atribución de conocer de los recursos de nulidad contra las sentencias definitivas dadas en última instaucia por las Cortes Superiores, las leyes de procedimiento confundieron este recurso con el de tercera instancia, y en su consecuencia quedó sin efecto lo que indudablemedte fué la mente de los Constituyentes de 1830.»

Pero sea lo que fuere del origen de la institución en cada uno de los cuatro países á que nos hemos referido, no podemos negar á la legislación francesa el mérito de haber formulado la primera ley de la materia, que ha servido para la adopción en muchas otras naciones, de tan importante y útil recurso extraordinario.

Al dictar entre nosotros el Poder Legislativo la primera ley de Casación en 1876, en su artículo 1º dijo: «Para mantener la unidad de la Jurisprudencia Nacional, y de conformidad con el inciso 22 artículo 13 de la Constitución Federal, se establece el *Recurso de Casación*, ante la Alta Corte Federal, en la forma que va á determinarse».

Ese considerando dijo muy sustancialmente el objeto de ese recurso: él llena ese fin, de mantener la unidad de la legislación, fijando la recta inteligencia de la ley para que sea la que se observe en todo el país; enmienda los s de los fallos de los tribunales ordinarios, ejecutoriados, bien provenquellos de mala aplicación, de mala inteligencia, ó de contravención esa de la ley, bien de exceso de poder, extendiéndose á facultades de carezcan los judgadores, y mantiene la rigurosa observancia de las leyes procedimiento, para impedir las indefensiones indebidas de las partes. Tal so es para la ilegalidad de fondo ó de forma, nó para las simples injusti- desacertada estimación de los hechos del proceso.

Aquella primera ley nuestra, sufrió constantes modificacienes en las Legislaturas posteriores, hasta que en la última reforma del Código de Procedimiento Civil, quedó sancionada la que vamos á estudiar en el actual Título V. del Lib. II.

Pasemos á ello.

Art. 408. El recurso de casación podrá intentarse en los juicios civiles ó mercantiles contra las sentencias definitivas ejecutoriadas y contra las interlocutorias con fuerza de definitiva que causen ejecutoria y hagan imposible la continuación del juicio, dictadas por las Cortes ó Tribunales Superiores ó Supremos de los Estados ó del Distrito Federal y de los Tribunales de Primera Instancia civiles y mercantiles de los Estados ó del Distrito Federal.

Esta disposición se extiende á los interdictos.

Art. 409. De conformidad con el artículo anterior, el recurso de casación procederá en los casos siguientes:

1º Cuando de parte de los jueces sentenciadores hubiere habido abuso de poder, por incompetencia en razón de la materia.

2º Cuando hayan incurrido en usurpación de funciones no conferidas por la ley.

3º Cuando hayan decidido más de lo pedido, ó hayan dejado sin decidir puntos controvertidos.

4º Cuando hubiesen quebrantado la cosa juzgada, probada con otra sentencia que la produzca.

5º Cuando la sentencia librada sea tan contradictoria en sus términos que no pueda ser ejecutada, ó cuando sea absolutoria de la instancia.

6º Cuando hubiere habido infracción de ley expresa en la decisión.

Art. 410. También procederá el recurso de casación contra las sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas que estén ejecutoriadas, aunque no pongan fin al juicio ni impidan su continuación, cuando en la secuela de la causa ó de algunas de sus incidencias se hubieren quebrantado formas esenciales del procedimiento, por decisión ó por omisión, en los casos siguientes:

1º Cuando la decisión se haya dado contra ley expresa en puntos cuya resolución debe influir en el fallo final del pleito.

2º Cuando la interlocutoria causare daño irreparable definitiva.

3º Cuando haya producido indefensión, ó menoscab. derecho de defensa de una de las partes, ó concedido á la o rechos no acordados por la ley, con perjuicio de la contraria.

En los casos de este artículo, la parte agraviada deberá ag

recursos ordinarios para poder usar del de casación, á menos que sea en materia de orden público, en la cual ni aun el consentimiento de la parte obsta al recurso.

Art. 411. No se admitirá el Recurso de Casación:

1º En los juicios civiles ó mercantiles cuyo interes principal no exceda de cuatro mil bolivares.

2º Contra las sentencias definitivas ó interlocutorias que se hayan ejecutoriado, por no haberse interpuesto contra ellas el recurso de apelación, ó el de hecho en su caso.

3º Contra las interlocutorias que no estén en ninguno de los casos del artículo precedente.

4º Contra los autos que dictaren los tribunales sobre ejecución de sentencia, á no ser que versen sobre puntos esenciales no controvertidos en el juicio ni decididos en él, ó que se provea contra lo ejecutoriado ó modificándolo de manera sustancial.

5º En los juicios arbitrales, respecto de los cuales sólo se dará el recurso contra las sentencias que reunan las condiciones antedichas, y fueren libradas por los expresados tribunales de los Estados ó del Distrito Federal, bien sea conociendo en grado de un laudo arbitral, bien sea sobre la reclamación de nulidad del compromiso ó del laudo definitivo, por alguno de los motivos permitidos en el Título sobre arbitramento.

6º En los juicios verbales, sea cual fuere la materia.

ESTUDIO 116

ANTECEDENTES

DERECHO PATRIO.—LEY DE 13 DE JUNIO DE 1876, SOBRE RECURSO DE CASACIÓN

«*El Congreso de los Estados Unidos de Venezuela decreta:*

«Ar. 1º Para mantener la unidad de la Jurisprudencia Nacional, y de conformidad con el inciso 22, artículo 13 de la Constitución Federal se establece el *Recurso de Casación* ante la Alta Corte Federal, en la forma que va á determinarse.»

«Art. 2º. Este recurso tendrá lugar, así en los negocios civiles como en los criminales, contra las sentencias definitivas, y contra las interlocutorias con fuerza de definitivas ejecutoriadas, que hubiesen pronunciado las Cortes, los Tribunales Supremos ó Superiores de los Estados ó del Distrito Federal, y contra las de los Juzgados de 1ª Instancia, de Comercio ó del Crimen, ú otros que ejerzan primera instancia la jurisdicción ordinaria, con tal de que el fallo ejecutorio de estos tribunales hubiese sido dictado en segunda, ó ulterior instancia.»

«§. Cuando la sentencia se ejecutoríe por no haberse interpuesto contra el recurso de apelación, ú otro legal, no tendrá lugar el de Casación».

«Art. 3º El Recurso de Casación no podrá fundarse sino en que la sentencia definitiva ó interlocutoria contra la cual se intenta, es contraria á

ley expresa, ó en que se quebrantaron, en el curso del juicio, fórmulas ó trámites esenciales del procedimiento.»

«Art. 4º Podrán hacer uso del Recurso de Casación no sólo las partes, sino también los defensores y fiscales; y los herederos de las primeras aun en las causas criminales.»

«Art. 5° Este recurso deberá anunciarse ante el Tribunal que dictó la última sentencia dentro de los cinco días hábiles siguientes, por medio de diligencia ó por un escrito presentado al tribunal ó por cualquier otro medio público y auténtico si los primeros son imposibles á la parte recurrente.»

«Art. 6º Al anunciarse el recurso deberá el recurrente consignar ú ofrecer que consignará oportunamente el papel sellado y los derechos de secretaría para la copia de la sentencia que debe quedar en el tribunal que la dictó, y el porte de correo de ida y vuelta del expediente.»

«§ 1º Las partes asistidas á reserva quedan exceptuada de la consignación, bastándole prestar la caución juratoria.»

«§ 2º En los negocios criminales sólo deberá hacer esta consignación el acusador privado si lo hubiere.»

«Art. 7º El Tribunal mandará sacar inmediatamente copia certificada de la sentencia cuya casación se pide y luego remitirá por el primer correo los autos originales á la Alta Corte Federal.»

«Art. 8º El Recurso de Casación deberá ser formalizado por escrito en el que se indicará la sentencia contra la cual se intenta, ó las fórmulas esenciales que se han omitido en el procedimiento, los fundamentos en que se apoya el recurso y las leyes cuyo quebrantamiento se denuncia.»

«Art. 9º En las causas criminales, la Alta Corte nombrará un defensor al reo y un fiscal abogado á fin de que uno ú otro formalicen el recurso, según sea el reo ó el ministerio público la parte recurrente.»

«§ único. El nombramiento de defensor no tendrá lugar, ó quedará ineficaz, cuando aparezca que el reo tiene representante.»

«Art. 10. El término para formalizar el recurso será el de sesenta dias hábiles, contados desde el último de los cinco en que puede anunciarse, y además el término de la distancia del lugar en que se dictó la última sentencia á la capital de la Unión.»

«§ único. En las causas criminales el término de sesenta días se contará desde la aceptación del defensor y del fiscal nombrados, con arreglo al artículo 9.»

«Art. 11. Con el escrito, en que se formalice el recurso, deberá la parte civil presentar el comprobante de haber depositado en la Tasorería Nacional de Fomento cincuenta venezolanos, si el valor de la demanda no excede de tres mil venezolanos: cien, si pasando de esta suma no excede de seis mil: ciento cincuenta, si fuere mayor de esta última y no pasa de diez mil; y doscientos venezolanos, cuando exceda de los diez mil.»

«§ único. En los negocios criminales, cuando el recurrente sea acusador privado, presentará el comprobante de haber consignado en la Tesorería de Fomento la suma de cien venezolanos, á menos que esté asistido á [illegible] en cuyo caso prestará la caución juratoria, conforme al Código de [illegible] miento Civil.»

«Art. 12. El Fisco no estará obligado al depósito prevenido en el [illegible] anterior, y á los pobres admitidos á reserva les bastará que prest[illegible] juratoria, conforme al Código de Procedimiento Civil.»

«Art. 13. Introducido el Recurso de Casación, en los lapsos

formalidades prescritas en esta ley, la Alta Corte Federal le dará entrada y lo sustanciará por los trámites establecidos en la Sección segunda, Título 4º Lib. 2º del Código de Procedimiento Civil».

«Art. 14. La Alta Corte Federal se limitará á fallar sobre la nulidad, sin extender su resolución, en manera alguna, á las respectivas pretensiones de las partes.»

«§ único. Lo dispuesto en este artículo; es sin perjuicio de lo que deba resolver el Tribunal sobre costas en el recurso.»

«Art. 15. Declarado con lugar el recurso, por infracción de ley en el fallo, la Corte ó Tribunal que lo dictó deberá volver á fallar con todas las formalidades legales. Si se declarase con lugar el recurso, por falta en las formas ó trámites esenciales del juicio, deberá seguirse de nuevo la causa por los tribunales correspondientes del Estado ó Distrito Federal, desde la primera falta que dió lugar á la casación.»

«Art. 16. En el Recurso de Casación no será necesaria ninguna citación á las partes, bastando la fijación en las puertas del Tribunal.»

«Art. 17. El Recurso de Casación no impide el de queja, en el caso en que las leyes lo permitan.»

«Art. 18. Vencidos los lapsos fijados en los artículos 5º y 10 de la presente ley, perece el derecho á la casación, á menos que se pruebe plenamente que no pudo el interesado introducir el recurso, por habérselo impedido fuerza mayor, como la de retener el Juez el expediente, estar interceptados los caminos ú otros semejantes, en cuyo caso la Alta Corte le concederá un término suficiente, dentro del cual deberá formalizar dicho recurso.»

«§ único. Perecido el derecho de casación, la Alta Corte Federal devolverá el expediente respectivo al tribunal que se lo envió.»

«Art. 19. El depósito prevenido en el artículo 11 de esta ley, se devolverá al deponente cuando se declare con lugar el recurso, ó cuando desiste de él, antes de procederse á la vista y sentencia. En los demás casos se destinará á la instrucción primaria popular que corre á cargo de la Nación.»

«Art. 20. En los asuntos civiles el Recurso de Casación no impedirá que la parte favorecida, por el fallo ejecutoriado á que él se refiere, haga practicar los actos de embargo de bienes, avalúos y demás de ejecución, con excepción de los de remate y adjudicación ó entrega de bienes aun á la misma parte favorecida; pues respecto de estos exceptuados, sólo podrán verificarse si se diere fianza bastante, y á satisfacción del ejecutado.»

«§ Para los actos de ejecución á que se contrae este artículo, el interesado pedirá al tribunal que pronunció el último fallo, mande copia autorizada de él y de los demás conducente, á aquel á quien toque legalmente la ejecución.»

«Art. 21. En los negocios criminales se ejecutará siempre el fallo ejecutoriado, cuando fuere absolutorio. En el caso de ser condenatorio quedará en suspenso hasta que se haya resuelto definitivamente el Recurso de Casación, si el reo mismo no optase por la ejecución.»

«Art. 22. La sentencia en el Recurso de Casación fijando la verdadera [illegible]gencia de las leyes, se registrará en un libro destinado al efecto, será [illegible]unicada á la parte interesada, al Gobierno Federal, á los Presidentes de [illegible]os Estados y se publicará en la *Gaceta Oficial*.»

[illegible]da en el Palacio del Cuerpo Legislatvo Federal, en Caracas, á 22 de [illegible] de 1876.—Año 13° de la ley y 18° de la Federación.»

[illegible]iecútese: Caracas, 13 de junio de 1876.»

Tenemos ahí la época de la primera ley de casación sancionada en Venezuela; y alguna utilidad creemos que se encontraría en detenerse á comparar las frecuentes alteraciones que se fueron haciendo en esa ley, y que puede decirse la privaron de verdadera y completa estabilidad. Lo único que nos parece conveniente observar es que hasta la incorporación de esa ley á los Códigos de Procedimientos, ella comprendía, tanto la materia civil y mercantil, como la criminal. Al hacerse aquella incorparación, fueron separadas las materias: en este Código de Procedimiento Civil sólo se establecieron disposiciones relativas á lo civil y mercantil; y en el de Procedimiento Criminal, las concernientes á los asuntos criminales.

Propósito más provechoso y práctico habría sido estudiar las sentencias libradas por nuestras Cortes, Federal y de Casación, (pues antes de crearse ésta correspondía á aquélla el conocimiento de los recursos de casación), para fijar los principios que han informado sus fallos, é ir formando nuestra jurisprudencia. Pero un entendido comprofesor, y amigo nuestro que emprendió tan útil y patriótica labor, tropezó con dificultades que, parece, no le permitieron dar remate á su tarea.

Derecho Español y Derecho Romano.—Como la institnción de la Casación tal cual existe, no se conoció en ninguna de aquellas dos fuentes, y ya hemos indicado someramente lo que en una y otra pudiera considerarse como orígenes, nada tenemos que agregar á lo dicho arriba.

EXPLICACIONES

Observación previa. Debemos observar primeramente que el curso del Recurso de Casación depende de la organización del Tribunal á que está cometido su conocimiento. En Francia, la Corte á quien toca conocer, está dividida en Salas; y para los asuntos civiles y mercantiles, el recurso ha de ser examinado primero por la que se llama de *requête*, para que juzgue si es posible admitirlo, según sus fundamentos: si su voto es favorable, pasa á la Sala de lo Civil, que falla definitivamente; y si es desfavorable, queda rechazado. En España está sometido á la Corte Suprema, la cual está también dividida en Salas á semejanza de la francesa, con distinta intervención según los recursos.

En Venezuela es la Corte de Casación, Tribunal Supremo de los Estados, sin distinción de Salas la competente para los recursos de esa especie. Ninguna de las dichas Cortes es Tribunal de instancia; porque el recurso se tiene como extraordinario.

Recursos de fondo y de forma. Es corriente hacer diferencia entre los recursos que sólo van contra la sentencia ejecutoriada, por motivos que no se refieren al procedimiento, y á los cuales se llama de *fondo*; y los que se fundan en infracciones sustanciales del procedimiento, á los que se dá el nombre de *forma*: las leyes mismas establecen los distintos modos de resolver unos y otros.

Método en este Estudio. Volviendo ahora á los artículos de nuestra ley, nos proponemos estudiarlos en su doctrina; ya que ellos contienen los principios generalmente adoptados en la materia, sin ocurrir á otras fuentes, para detalles, en razón de que la aplicación de la ley sufre la natural influencia del sistema de procedimiento de los respectivos Códigos, y de la especialidad en la organización del Tribunal que conoce, y en el modo de proceder en los recursos mismos.

Sentencia sobre las cuales obra el recurso. El artículo 408 que es el primero del Título, se contrae á establecer las sentencias contra las cuales puede ser intentado el recurso de casación, en los juicios civiles y mercantiles (es decir, aquí no se trata de la materia criminal). Esas sentencias deben ser definitivas

ejecutoriadas, ó interlocutorias con fuerza de definitivas que causen ejecutoria y hagan imposible la continuación del juicio. Como no hay quien ignore lo que es una sentencia definitiva ejecutoriada, no necesitamos poner ningún ejemplo. Mas, respecto á las interlocutorias á que se refiere el texto, citaremos las que deciden de una excepción de inadmisibilidad, declarándola con lugar; pues siendo el efecto no dar entrada al juicio, se hace imposible la continuación: y así mismo las interlocutorias que declaran con lugar las excepciones dilatorias de cosa juzgada, confirmadas en segunda ó tercera instancia, las cuales concluyen el juicio, etc.

De qué tribunales han de ser las sentencias. Las sentencias de que habla la ley son las dictadas por las Cortes ó Tribunales Superiores ó Supremos de los Estados ó del Distrito Federal, y de los Tribunales de primera instancia civiles y mercantiles de los Estados y del Distrito Federal. Cortes ó Tribunales Superiores ó Supremos, dice la ley; porque en algunos Estados el Tribunal Superior es unipersonal, acaso por carecer de renta suficiente para dotar un tribunal colegiado. En cuanto al Tribunal Supremo, no tenemos noticias de que en algún Estado sea unipersonal. Y respecto de los tribunales de primera instancia, en muchos Estados, corren á cargo de un solo Juez, la jurisdicción civil y la mercantil. Las sentencias definitivas ejecutoriadas y las interlocutorias de la especie que dice el artículo, dictadas por los tribunales que quedan enumerados, son las únicas que pueden ser materia de casación; de suerte que cualesquiera otros fallos de otros Tribunales, Corte Federal, Juzgado de Hacienda, Tribunal de Cuentas, etc., no pueden ser sometidos á la Corte de Casación.

Advertencia de la ley. La ley tiene el cuidado de advertir que la disposición del artículo 408 comprende los interdictos. Advertencia cuya razón es sin duda, la de que, tratándose en éstos sólo de la posesión, y pudiendo dar lugar después á juicios ordinarios, podía quedar la duda de sí estaban ó no incluidos dichos interdictos en la parte principal del artículo.

Casos de casación. Entra luego el 409 á enumerar los casos en que el recurso procede, de este modo:

Primer caso: incompetencia ratione materiæ. 1º Cuando de parte de los jueces sentenciadores hubiere habido abuso de poder, por incompetencia por razón de la materia.

Si se alega, pues, como fundamento del recurso, semejante abuso, la Corte tiene que examinar si existe ó nó tal incompetencia. Ya sabemos en lo que consiste; y también que es de orden público, que no puede consentir en que un Tribunal entre á fallar de materias que no le están encomendadas y que de seguro corresponden á otros tribunales. Y se ha de recordar también que ese vicio no puede cubrirse por consentimiento de las partes. No creemos que se necesiten ejemplos en un punto tan claro.

Segundo caso: incompetencia de funciones. 2°. Cuando hayan incurrido en usurpación de funciones no conferidas por la ley.

La Constitución y las leyes orgánicas, nacionales y de los Estados, ordinariamente detallan las diversas atribuciones de los distintos Tribunales: esas son las funciones que deben desempeñar, á más de las que implícitamente y por consecuencia forzosa deban considerarse comprendidas en esas enumeras; así como cualesquiera otras que les otorguen cualesquiera otras leyes civiles, como la de tierras baldías, minas, etc. Y como la palabra *usurpar* envuelve la idea de tomar ó coger lo de otro, supone la ley que la función está conferida á otro distinto del que la ha ejercido.

Así la función no esta conferida por la ley á otro funcionario, como por ejemplo, la de acordar plazos de días ó semanas ó meses, á un litigante obligado á pagar una suma, entrará también en la disposición del mismo esta duda? Parécenos indudable que sí, por cuanto la ley no hace

distinción; y además porque según un artículo constitucional, basta que la función no *le* esté expresamente atribuida por la Constitución ó la ley.

Tercer caso: ultrapetita y falta de decisión. 3°. Cuando hayan decidido más de lo pedido, ó hayan dejado de decidir puntos controvertidos.

Ya el artículo 29 [disposiciones fundamentales] declaró vicio radical de una sentencia, entre otros, el contener ultrapetita, que precisamente consiste en dar á una parte más de lo que pidió. Siempre, pues, que el sentenciador conceda más de lo que la parte ha pretendido en el juicio, sea en lo principal, sea en lo accesorio, como un interés de rata mayor de la pedida, ó daños y perjuicios, no demandados, ha viciado su fallo, y dado lugar á casación.

Borsari, dice á propósito de esto, lo siguiente. «La dificultad con que puede frecuentemente tropezarse es, *si la demanda que se dice omitida no está implícita y virtualmente comprendida* en el libelo ó en las conclusiones: si sea un accesorio ó una consecuencia: ó que la *res concessa* no sea sino una subrogración de la *res petita* . . . »

Y en efecto, es sabido que los frutos, los intereses, los daños, las indemnizaciones, no son siempre debidos como accesorios ó consecuencias, sino que dependen de las circunstancias de la causa muchas veces. Por eso, en ocasiones podrán tenerse como implícito en el libelo, y en otros nó y requerir petición expresa. Y en consecuencia, podrá haber ó nó ultrapetita según las circunstancias, al concederlos, ó el vicio contrario al no concederlos, ó aparecer todo legalmente decidido.

Y comprende también el legislador el caso de haber dejado sin decidir puntos controvertidos. Aunque el citado artículo 29 no comprende este caso, como él no es taxativo, no se puede colegir de ello, que no esté comprendido en los vicios radicales de una sentencia. Si es ilegal, y por tanto radicalmente vicioso, no atenerse á lo pedido en las respectivas pretensiones de las partes, y dar á una de ellas más de lo que pidió, lo es igualmente el dejar de decidir puntos que han sido controvertidos en el proceso bien sean propuestos en el libelo, bien en la contestación ó defensa; porque la misión de la justicia es dar á cada uno su derecho, y nada más; por lo cual la ley que trata de la sentencia previene que ella sea congruente con las *pretensiones* de las partes, para impedir que deje de atenderse á alguna de ellas, omitiendo el decidir sobre todas sus pretensiones. Es una verdadera denegación de justicia para aquella á quien afecta el vicio, y establecer una desigualdad que la ley no puede consentir.

La ley italiana, á más de los dos casos de ultrapetita y de falta de pronunciamiento, tiene en el número 4 del artículo 517, como caso de casación *el haber pronunciado la sentencia*, contra que obre el recurso, *sobre cosa no demandada*. Evidentemente que es caso de casación. Pero en la nuestra no está expresamente establecido. ¿En qué caso estará entonces incluido? En el número 6º, que es el *de infracción de ley expresa*, pues viola nuestro artículo 173.

Cuarto caso: cosa juzgada. 4º Cuando hubiesen quebrantado la cosa juzgada, probada con otra sentencia que la produzca.

Esto es tan claro que no necesita explicaciones. Si sobre el misn
to, y en las condiciones que dice la ley, se ha seguido juicio formal, y
dictado sentencia definitiva firme, la cosa juzgada se tiene como ver
tangible. Es este principio universal, que se observa severamente. S
en un juicio se alega cosa juzgada, y se produce otra sentencia que la p
ce, no puede haber cuestión. Al examinar el caso, ver que la senten
sentada reune todas las condiciones que la ley exige para producir
gada, y compararla con el asunto que ocurre para persuadirse de que l
todo aplicable; evidente es el atentado, y por fuerza ha lugar á la casac

Quinto caso: sentencia contradictoria. 5º Cuando la sentencia librada sea tan contradictoria en sus términos que no pueda ser ejecutada, ó cuando sea absolutoria de la instancia.

¿Qué ha de hacerse con una sentencia que no pueda ser ejecutada, porque sus términos sean tan contradictorios que no sea posible absolutamente armonizarlos á fin de precisar los puntos de la ejecución? La ley previene que la sentencia sea clara, precisa positiva y congruente; de modo que no haya dudas sobre las condenaciones ó absoluciones que contiene. Obrar de otro modo un Juez sentenciador, es revelarse contra ese precepto legal; y su obra inejecutable, por fuerza ha de desecharse. Ya había colocado el artículo 29, entre los vicios radicales de una sentencia, ese mismo defecto, de ser tan contradictorio en lo dispositivo que no sea posible ejecutarla.

Pero no porque así lo pida una parte, interpretando el fallo á su modo, debe acojerse su pretensión. Es preciso estudtar detenidamente los términos; y que de ese examen resulte palmaria la imposibilidad de la ejecución. No es frecuente en la práctica semejante caso. Solo recordamos uno en que, disputándose la propiedad de una gran extensión de terreno, la sentencia definitiva ordenó practicar un deslinde entre los dos litigantes, pero con sujeción á los títulos que corrían en veinte ó más piezas de autos, en que los había de herencia, ventas, cesiones etc. Imposible se hacía tal deslinde; y por fortuna la sentencia no llegó á ejecutoriarse. El laberinto, el embrollo eran tales que las partes se resolvieron á hacer un arreglo.

Ya el artículo 173 declaró sin valor, la sentencia absolutoria de la instancia.

Sexto caso: infracción de ley. Y 6º, cuando hubiere infracción de ley expresa en la decisión.

Es este un campo tan extenso, que sólo podremos entrar aquí á explicar los modos con que de ordinario se incurre en esta falta. La materia de fondo en que puede cometerse, es tan varia, que no sólo comprende las tratadas en los Códigos Civil y Mercantil, sino innumerables leyes sueltas de donde se derivan litigios graves y complicados, como asuntos de minas, de tierras baldías y otros. Por eso es de todo en todo imposible prever los casos que pueden ocurrir.

Fijémonos en los términos de la disposición: *infracción de ley expresa.* ¿Cuándo puede decirse que la hay? Es preciso que exista ley expresa, esto es, que exista un texto legal, el cual sea el que deba aplicarse en el caso concreto decidido. Y si, bien, por olvido, por descuido, por ignorancia, ó por cualquier otro motivo, el Juez sentenciador decidió contraviniendo de algún modo ó en alguna parte su disposición, es claro, que infringió la ley. Puede haber confundido el Juez el caso discutido con otro previsto en alguna otra disposición, y aplicar ésta, y nó la que verdaderamente debía seguir al resolver aquél; y entonces también hay infracción de la ley. Puede haber interpretado mal la ley, y aplicar al caso esa errada interpretación, pues, hay igualmente infracción de ley. De suerte que la causal del número que examinamos puede consistir, en contrariar la ley aplicable: en la aplicación de una que no es la del caso; y en errada inteligencia y aplicación de la ley del caso.

Doctrina de Borsari. *Borsari* refiriéndose á la *violación* ó *falsa aplicación de la ley*, trae estos pasajes (Ricorso per cassacione.)

'iolación de la ley es la negación de un precepto sustancial: *falsa aplica-*
la no conveniencia de la relación entre la ley y el falso . . . . »

s manifiesto que la ley se viola de dos maneras: ú obrando contra su
.o considerado en sí mismo, ó con aparente observancia de la ley, al-
o el fundamento del hecho; *ex facto oritur jus* . . . . »

'on varios aspectos se presenta el examen del derecho á la Corte Su-
: 1º *la noción del principio del derecho.* El recto entendimiento de la
extensión, su límite: lo que está en ella misma: 2º *los caracleres jurídicos,*

de los actos, convenciones, ó transacciones, cuando los hechos estén acordes, y no se trata sino de definir el ente jurídico que de ellos resulta, y determinar su relación con la norma del derecho: 3º *el hecho mismo en cuanto se acude al Juez del mérito de haberlo invertido ó trastrocado completamente*, diciendo que es blanco lo que es negro y haber fundado sobre tal inversión ó falso supuesto, su juicio de derecho, que *puede ser bonísimo en relación con el hecho tal cual es supuesto*, pero que, destruida la base resulta necesariamente un juicio falso, absurdo, insostenible. »

Ley Española. La Ley de Enjuiciamiento Civil Española, pone como primera causal para fundar el Recurso de Casación: *Infracción de ley ó de doctrina legal en la parte dispositiva de la sentencia.* Pero como es entendido que esa *doctrina legal* no es la derivada de opiniones de jurisconsultos más ó menos notables, sino la que se derive de la letra ó del espíritu de la ley; sin duda está incluida en la nuestra, como una mala inteligencia y mala aplicación de la ley del caso.

Los grandes Maestros acostumbran generalmente, al explicar y comentar las disposiciones de los Códigos, señalar los puntos que dan lugar á casación; y aun citar las decisiones que se han dictado y que forman la jurisprudencia de los tribunales. Trabajo imposible sería, en Estudios como estos, recorrer aquellas obras, para enriquecer nuestra práctica. El estudio que cada cual deba hacer del asunto discutido, le proporcionará cuantos elementos pueda necesitar para el mejor desempeño de su encargo.

Sigamos el estudio de nuestra ley.

Artículo 410. Interlocutorias. El artículo 410 dice que también procederá el Recurso de Casación contra las sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas ejecutoriadas, aunque no pongan fin al juicio ni impidan su continuación; pero es cuando en la sentencia de la causa ó de alguna de sus incidencias, se hubieren quebrantado formas esenciales del procedimiento, por decisión ó por omisión, en los casos siguientes:

Primer caso. 1º Cuando la decisión se haya dado contra ley expresa, en puntos cuya resolución deba influir en el fallo final del pleito.

Ya en el artículo precedente quedaron incluidas en las causales de fondo, las interlocutorias con fuerza de definitivas que causen ejecutoria y hagan imposible la cantinuación del pleito; asimilándolas así á las sentencias definitivas ejecutoriadas, de fondo. Ahora se refiere el artículo 410 á las interlocutorias ejecutoriadas, pero que no pongan fin al juicio ni impidan su continuación y en que se hayan infringido formas esenciales del procedimiento.

Entra, pues, en la casación de forma.

Condiciones. Dos condiciones pone la ley á esas interlocutorias, para que sean causales de casación, á saber: que infrinjan ley expresa; y que versen sobre puntos que hayan de influir en la definitiva del asunto principal.

Ya advertimos que la infracción á que se refiere aquí el legislador, es de ley de procedimiento, es de forma esencial, bien por decisión, bien por omisión; y ya explicamos de que maneras puede incurrir el sentenciador en esa infracción. Y tenemos explicado también que las formas esencial— las que la misma ley declara tales, directa ó indirectamente; ó b— omiten formalidades que sin ellas no existe la esencia ó sustancia mismo, ó no llenan los propósitos del legislador.

Segundo extremo. Ahora hay que considerar el segundo extr— es el objeto. Debe versar la interlocutoria sobre punto ó puntos que influir en la sentencia definitiva del asunto principal. Tal influencia fiere á datos que sirven al Juez para formar su juicio, para apr—

probanzas que han traido las partes ó alguna de ellas, y que son las premisas de donde el sentenciador ha de sacar las consecuencias en este ó en otro sentido. Si la falta ha viciado una prueba, dejándola sin valor legal, por fuerza ha tenido que influir en el ánimo del sentenciador del punto principal. Lo que es insustancial, y que no es menester tener en cuenta, carece de toda influencia; porque no agravia ningún derecho importante y no es posible que de lugar á casación. Muchos casos de este género se presentarán en la práctica.

Segundo caso. 2º Cuando la interlocuioria causare daño irreparable por la definitiva.

Sabido es que muchas de las interlocutorias caen por la sentencia definitiva: verbi-gracia; una medida precautelativa de secuestro, ó de arraigo en favor del actor, cuando por la definitiva se declaró sin lugar la demanda. Aquella medida cuyo fin era resguardar el derecho del actor, queda de hecho anulada al declararse definitivamente que éste carecía de tal derecho. Pero hay otras interlocutorias cuyo objeto es distinto, ordinariamente de tramitación, que producen á algunas de las partes un gravamen, que puede ó no repararse por definitiva. Ejemplo de lo primero: rechaza el Juez un documento presentado por el demandante fundándose en que debió producirse con la demanda: se apela, y es confirmada la decisión; pero al estudiar el proceso para definitiva encuentra el Tribunal de asociados que el documento era admisible y es importante, y acuerda para mejor proveer que se presente el documento, y en consecuencia lo aprecian en su fallo. El gravamen quedó reparado, y no hay de que quejarse. Ejemplo de lo segundo: la materia de la interlocutoria fué si el pleito debía decidirse sin pruebas, y resolvió que sí, y en la alzada se confirmó. Viene el fallo definitivo y demuestra la parte que había perdido la incidencia, que había hechos que debían de aclararse, y que no lo fueron por la falta de apertura á pruebas. El gravamen resulta irreparable por definitiva, y si los dos tribunales decidieron precindiendo del vicio, la Corte de Casación ha de tener como motivo legal esa infracción.

Tercer caso. El tercer caso del artículo 410 es de que la interlocutoria haya producido indefensión ó menoscabado el derecho de defensa de una de las partes, ó concedido á la otra derechos no acordados por la ley, con perjuicio de la contraria.

La indefensión consiste en privar á la parte de cualquiera de los medios de defender su derecho: ya por negarle una recusación que era admisible por la ley: ya por negarle una apelación que también lo era: ya por impedirle oponerle una excepción legalmente irrechazable: ya por negarle una prueba conducente y legal: ya por negarle el derecho de repreguntas; etc., etc. Es tan extenso este campo, como que comprende cualesquiera de los derechos que le dá la tramitación establecida por la ley misma, para alegar y defender su causa, en cualquier momento, en cualquiera situación. Siempre, pues, que quede negado ó bien cercenado ó menoscabado indebidamente cualquiera de esos derechos por decisión ejecutoriada, hay motivo de casación.

Debe recordarse que en nuestro tecnicismo legal se llama sentencia toda decisión del Juez ó Tribunal sea cual fuere. Estos no hablan en el proceso para responder á las solicitudes de las partes, sino por decisiones, que en todo caso constan escritas en los autos, como han de constar también las peticiones ó solicitudes de las partes ó de sus apoderados, aunque se hayan hecho verbalmente. Y tampoco ha de olvidarse que esas faltas de que hablamos pueden ser también por omisión, por silencio, por dejar de providenciar.

Finalmente dice el número del artículo que estamos estudiando, que es igualmente motivo de casación el haber concedido á una parte derechos no acordados por la ley, en perjuicio de la contraria. A veces se consuman tales abusos, y los enmienda el superior en la alzada; porque abuso es, por ejemplo, acep-

tarle á un litigante que repregunte á los testigos contrarios después de pasado el término probatorio; que evacue una justificación de testigos fuera del proceso en Tribunal extraño, á espaldas de la otra parte, y se le admita en los autos que se están siguiendo ante el Juez de la causa para que obre efectos en ella; y cualesquiera otros favores indebidos á un litigante con perjuicio y agravio de los derechos del otro.

Deben agotarse los recursos ordinarios. Al pié de los tres números agrega el artículo 410 que en todos los casos enumerados en aquellos, la parte agraviada debe agotar los recursos ordinarios para poder usar del de casación. En tales casos la omisión de esos recursos está probando que el agraviado consintió el agravio. *Vigilantibus et non durmientibus, jura sucurrunt,* dice un aforismo jurídico.

Materia de orden público. Pero la misma agregación salva la materia de orden público, de ese convenio tácito del agraviado; y la razón es, porque, como se recordará, expresamente declara el artículo 4º del Código Civil, que no pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público ó las buenas costumbres. A esos intereses tienen que ceder los intereses particulares.

No se admite el recurso. El artículo 411 enumera ahora los casos en que el Recurso de Casación no debe admitirse, de este modo:

Menor cuantía. 1º En los juicios civiles y mercantiles cuyo interés principal no exceda de cuatro mil bolívares.

Es la cuantía de cuatro mil bolívares el máximun atribuido á los Juzgados de Distrito ó Cantón y á los de Parroquia ó Municipio, respectivamente, según el asunto exceda ó no de cuatrocientos, como lo hemos visto ya. Niega la ley el Recurso de Casación á los juicios de tales cuantía: por una parte, porque sería imposible, de toda imposibilidad, que un sólo Tribunal Supremo, (que por el mismo propósito del recurso, de mantener la unidad de la legislación tiene que ser único) pudiera dar evasión al gran cúmulo de asuntos que vendrían á su consideración de la República toda, si se admitiese en ellos el recurso; y por otra parte, porque siendo tan pequeño el interés del litigio, bastan las instancias que ellos pueden recorrer en los tribunales Seccionales y del Distrito Federal, para que no les falte la garantía del acierto en las decisiones, á más de que no son los que presentan de ordinario en la práctica las mayores complicaciones. La organización de la Administración de justicia en todos los países viene así, desde su fuente, la legislación romana; y no puede ser de otro modo, porque es lo humano. No se puede pedir más á la justicia de la tierra, que no alcanzará jamás la perfección de la justicia divina.

Omisión de los recursos. El segundo caso del artículo es, el haberse ejecutoriado las sentencias definitivas ó interlocutorias, por no haberse interpuesto contra ellos el recurso de apelación ó el de hecho en su caso.

Hemos dicho y repetido que el no hacer uso del recurso de alzada contra cualquier decisión ó sentencia, no puede tomarse sino en el sentido de conformarse el que se cree agraviado, con lo decidido. Lo mismo se entiende cuando ha sido negado el recurso ó no oído libremente, según los casos. Luego, si se conformó el interesado, no tiene ya de que quejarse. Si no lo debió hacer, la culpa es suya y debe sufrir él las consecuencias de su error y no otr[illegible] eso la ciencia ha consagrado como principio en materia de casación, l[illegible] establecida en el mismo estudio.

Caso tercero de inadmisión. El número tercero dice: contra las int[illegible] rias que no estén en ninguno de los casos del artículo precedente.

Obvio es que, habiendo el legislador considerado en el artículo ant[illegible] casos en que es admisible el Recurso de Casación, quedaron excluidos to[illegible] demás. Parecería por eso extraño este número, que no viene á de[illegible]

nuevo, sino lo que era consecuencia de lo dispuesto en el artículo precedente. Pero en primer lugar, nunca está demás, toda advertencia que aclare más las cosas y no deje ninguna duda; y en segundo lugar, no debe olvidarse que este artículo 411, no tiene otro objeto que poner algunas excepciones á los casos que se habían enumerado en aquel artículo anterior para que quede bien entendido que aun estando una interlocutoria comprendida en alguno de ellos, dejará de ser casable si está en alguno de esos otros casos detallados en el artículo 411, ser de menor cuantía el asunto, no haberse apelado etc.

Autos sobre ejecución de sentencia. El número cuarto dice, no deber admitirse el recurso contra los autos sobre ejecución de sentencia, á no ser que versen sobre puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en él, ó que provea contra lo ejecutoriado, ó modificándolo de manera sustancial.

Establece el número estudiado como regla general, que contra los autos sobre ejecución de sentencia, no puede haber casación. Esto es perfectamente armónico con la doctrina de este Código de Procedimiento, respecto de las apelaciones, que sólo han de oirse en un sólo efecto cuando es urgente la ejecución; pues nada más urgente que dejar ejecutado lo que una sentencia ejecutoriada ha dejado resuelto definitivamente, dando su derecho al que ha demostrado tenerlo. Y si eso es así, sería una inconsecuencia manifiesta, que se viniese á suspender la ejecutoria de un fallo, por un recurso extraordinario, cuando no pudo serlo por un recurso ordinario, en la materia á que se refiere la ley.

Excepciones en materia de ejecución. Pero á esa regla general, hizo el legislador las excepciones que la justicia misma indica, á saber: 1º que el auto verse sobre punto esencial no controvertido en el juicio, ni decidido en él: 2º que provea contra lo ejecutoriado; y 3º que modifique sustancialmente lo ejecutoriado. Lo primero es una verdadera extralimitación del ejecutor, es pretender dar un fallo arbitrario sobre un punto esencial no controvertido ni decidido en el juicio. Y dice la ley *punto esencial*, porque si no lo es, si versa, por ejemplo, sobre si una liquidación del crédito debe ser un poco más ó un poco menos de lo que establece el liquidador, no puede ser materia de casación; mientras que si el ejecutor mandase, verbi-gracia, nombrar expertos para estimar perjuicios, de que no se ocupó el juicio ni el fallo ejecutoriado, incurriría en falta grave, que justificaría la casación. Lo segundo, que el auto del ejecutor provea contra lo ejecutoriado, es otro atentado, es no sólo un exceso de poder, sino una rebeldía contra la ley y contra la cosa juzgada, ya que él no está llamado por aquella, sino á dar exacto cumplimiento á esto. Y lo tercero, que el auto modifique sustancialmente lo ejecutoriado, es otro abuso intolerable; porque tomarse la facultad de rever y reformar lo que quedó hecho definitivamente por un superior, es querer volcarlo todo, y constituirse en árbitro supremo de cuantos derechos sancionan las leyes, ya respecto de las partes, como respecto de la magistratura misma y del modo de proceder.

Ya dejó este Código de Procedimiento establecido en su artículo 29, el ser, entre otros, vicio radical de una sentencia, «el contradecir ó modificar otra sentencia definitiva ó acto que haya causado ya cosa juzgada entre las partes.» Narural era que aquí no olvidase ese vicio radical, al tratar de los motivos de casación.

— r supuesto que no será lo probable que un ejecutor cometa semejantes
a ...ados de modo descarado. Lo creíble será que de algún modo lo quiera
(...razar ó atenuar, y que aparezcan envueltos en una interpretación mal trai-
(...ó dudas ó suposiciones difrazadas. Las gestiones de las partes, sus de-
1 ...traciones y argumentos, y la acuciosidad de la Corte pondrá siempre en
(... lo que haya de verdad en el fondo.

...*ios arbitrales.* Viene ahora el número quinto á hablar de los juicios
a ...es, y dispone: que sólo se dé el Recurso de Casación en ellos, con-

tra las sentencias libradas por los Tribunales de los Estados ó del Distrito Federal, que reunan las condiciones ante dichas (esto es, ser definitivas ejecutoriadas de mayor cuantía, agotados todos los recursos ordinarios) y que estén en alguno de los casos de casación dichos, bien se haya librado conociendo en grado de un laudo arbitral, bien sobre la reclamación de nulidad del compromiso ó del laudo definitivo, por alguno de los motivos del Título sobre arbitramento.

Traigamos á la vista las disposiciones de la Ley de Arbitramento, en cuanto puedan referirse al presente Estudio.

El artículo 500 dice: « Las partes pueden constituir tribunales de arbitramento que conozcan en segunda y aun en tercera instancia, de la sentencia pronunciada en primera por los árbitros de derecho.»

« Si no los hubieren establecido, las apelaciones se dirigirán á los tribunales que en la jurisdicción en que se ha seguido el juicio arbitral, estén llamados á conocer de la apelación, siempre que en el compromiso no hayan alterado las partes el procedimiento legal.»

« En caso contrario se entiende renunciado el derecho de apelación, si no está constituido por las partes el Tribunal de alzada.»

El artículo 501 dice: « De la sentencia pronunciada por árbitros arbitradores no se da apelación, y si las partes se hubieren reservado este derecho, no podrán llevar el recurso sino ante otro tribunal arbitral que previamente hubieren constituido.»

Continuación. Detengámonos aquí. Según el número 5 del artículo 411 que estamos estudiando, es preciso que en los juicios arbitrales se trate de sentencia librada por los tribunales ordinarios de los Estados ó del Distrito Federal, para que pueda haber casación. Luego, atendiendo á las disposiciones que dejamos insertas, las sentencias de los arbitradores, están fuera del resorte de la Corte de Casación. La Nación no controla sino las sentencias de sus tribunales ordinarios; porque es en ellos, que ha de conservarse la unidad de la legislación. Luego están también fuera del resorte de la dicha Corte, y por la misma razón, las sentencias arbitrales de los tribunales de segunda y tercera instancia que hayan creado las partes en los arbitramentos de derecho. Y queda así en claro, que sólo cuando en estos arbitramentos se han dirigido á los tribunales, ordinarios de la jurisdicción, llamados á conocer de las alzadas, puede darse el recurso de casación; y eso si las partes no alteraron el procedimiento legal, pues de otro modo no sería posible aquel recurso.

Pasemos al resto del número 5º que estudiamos, que se refiere á las sentencias sobre reclamación de nulidad del compromiso ó del laudo definitivo, por alguno de los motivos permitidos en el Título sobre arbitramenmento.

Volvamos á ver lo conducente de ese Título.

El artículo 503 dice: «La sentencia de los arbitros será nula:

« 1º Si ha sido pronunciada sobre un compromiso nulo, ó que haya caducado ó fuera de los límites del compromiso.»

« 2º Si la sentencia no se ha pronunciado sobre todos los ob compromiso, ó si está concebida en términos de tal manera contrad que no pueda ejecutarse.»

« 3º Si en el procedimiento no se han observado las formalidades s les del juicio, siempre que la nulidad no haya sido subsanada por el dimiento de las partes.»

Y el artículo 504 dice: «La nulidad de que trata el artículo

se hará valer por vía de recurso ante el Tribunal que publicó el laudo arbitral que haya quedado ejecutoriado, dentro de los diez días posteriores á la publicación. El Tribunal procederá á ver el recurso con todas las formalidades legales dentro de tres días; y sentenciado que sea, seguirá su curso ante los tribunales superiores, caso de interponerse apelaciones.»

Se habrá notado ya que el número 5 (sobre casación) habla de *nulidad del compromiso* ó del *laudo definitivo*. Ya nos dicen los tres números del 503 copiados los casos de nulidad del laudo.

¿Cuales son los de nulidad del compromiso? En primer lugar, aquellos en que se someten en él, á la decisión arbitral, alguna de las materias que exceptúa el artículo 485, como cuestiones de estado, separación entre conyuges y demás puntos en que no cabe transacción. Y en segundo lugar aquellas escrituras compromisarias que no llenaren los requisitos esenciales que dicho Título de arbitramento exige, como el de expresar las cuestiones que cada parte somete.

Respecto de la sentencia arbitral, ya vimos enumerados en el artículo 503 los casos de nulidad, que son: si se dió sobre un compromiso nulo, ó caducado, ó fuera de los límites del compromiso: si no ha pronunciado sobre todos los objetos del compromiso, ó si sus términos son de tal modo contradictorios que no pueda ejecutarse: si en el procedimiento no se han observado las formalidades esenciales del juicio, con tal que la falta no haya sido subsanada por el procedimiento de las partes.

Refiriéndonos al primer caso, recordaremos que la ley citada sobre arbitramento, en varios artículos, que examinaremos en su oportunidad, establece los requisitos necesarios para que el documento compromisario tenga validez y fuerza: si está falto de alguna de esas formalidades esenciales, carece de eficacia legal; y consecuentemente el laudo que se ha dado sobre semejante base, tiene que ser nulo. Si así aparece, la casación se impone. Además, en cuanto á caducidad, el artículo 499 define con toda precisión los lapsos que tienen los árbitros para sentenciar, y también con toda claridad agrega dicho artículo: «Pasado el término, los árbitros no podrán continuar en su encargo si las partes no les concedieren otro.»

Ha caducado en tal caso la misión que les había dado el acuerdo de las partes, y carecen ya de toda facultad. El laudo que hubieren librado en tal situación, es por tanto nulo.

El caso segundo, de no haber pronunciado sobre todos los objetos del compromiso, ó ser los términos del laudo tan contradictorios que no pueda ejecutarse, es la doctrina consagrada ya por el legislador en otras disposiciones que hemos estudiado.

Y el caso tercero, de no haberse observado las formalidades esenciales del juicio en el procedimiento seguido, cuando la falta no ha sido subsanada por el procedimiento de las partes; es igualmente la doctrina ya establecida por el legislador, que no podía menos de consagrar para el caso de que se trata. ¿Cuando lo esencial del procedimiento no se ha cumplido, que juicio válido puede haber? ¿Si no ha habido en verdad un debate legal, una verdadera audiencia de ambas partes, que justicia puede haber en un fallo que se ha dictado sin los elementos de convicción indispensables?

pues, la sentencia del Tribunal que se lleva á casación, dictada en ... arbitral, ha pasado sobre cualquiera de esas faltas definidas en el número 5 del artículo 411, ó incurrido en alguna de ellas, el recurso de casa- ...s procedente.

...cios verbales. Finalmente el número 6º del dicho artículo 411 dispone ... es admisible el recurso de casación: «En los juicios verbales sea cual ... materia.» Este caso no puede referirse sino á los juicios que llevan

ese nombre de *verbales* en el Título XIV del Libro III de este Código, que son aquellos en que la acción principal no excede de cuatrocientos bolívares, y los de desocupación de casa por contrato, rescindibles en cualquier tiempo á voluntad de las partes, sólo para los efectos de la desocupación. El juicio mismo, el juicio principal, de términos breves establecidos allí, es al que ha de aplicarse la disposición del número que estudiamos. Pero si se trata de un juicio escrito, cuya materia principal es de mayor cuantía; si la ley especial que á él se refiera, manda á resolver algunos incidentes ó cuestiones de detalles, en juicio verbal, no creemos que esté en el caso de este número 6º, porque es preciso que el juicio mismo, en su conjunto, en lo principal, y en que se comienze citando por boleta sea de esa naturaleza de poca importancia, para excluirlo del recurso de casación. Si se entendieran las cosas de otro modo, se haría que apareciese inconsecuente y contradictoria nuestra legislación. Y por eso el artículo 664. (Título de los Juicios Verbales) al referirse á todos los casos en que según la ley deba procederse en juicio verbal, se limita á disponer que el procedimiento se conforme á lo dispuesto en ese Título. La casación y el juicio oral ó verbal no se excluyen, como se ve en Francia é Italia.

Del objetivo de la casación, y de los principios que quedan expuestos se deduce como corolario este otro principio: que la Corte de Casación carece de poder respecto del establecimiento de los hechos procesales y su apreciación, en los cuales son soberanos los Jueces sentenciadores, con la sola excepción que adelante veremos.

Art. 412. El Recurso de Casación deberá anunciarse después de publicada la sentencia definitiva que cause ejecutoria ó la interlocutoria que haga imposible la continuación de la causa, dentro de los diez días siguientes á la publicación de aquellas, y si se tratare de las otras interlocutorias en que sea procedente el recurso, también dentro de diez días á contar de la publicación de la sentencia definitiva que cause ejecutoria y ponga fin al juicio.

En todo caso se anunciará el recurso ante el Tribunal que dictó la sentencia que produjo ejecutoria, bien por escrito ó por diligencia, bien por algún otro medio público ó auténtico, ante cualquiera otra autoridad ó funcionario público, si los primeros fueren imposibles para el recurrente, lo que deberá probar, al presentar el acto de anunciación del recurso en el término de la distancia y cinco días más, ante la Corte de Casación, la cual pedirá los autos al Tribunal donde debió haberse promovido el recurso; y hallando fundada la solicitud del recurrente, dará por anunciado aquel, y el término de la formalización empezará á correr desde que se dicte el auto expresado.

Art. 413. Anunciado el Recurso de Casación debe el recurrente entregar, dentro de los cinco días posteriores al lap[illegible] se concede para anunciarlo, en la Secretaría del Tribunal, [illegible] pel sellado necesario para la copia de la sentencia que ha de [illegible] dar en el Tribunal que la dictó, y el porte de correo de [illegible] vuelta del expediente.

Ese mismo deber le corresponde al recurrente, cuan[illegible] forme al artículo que precede, la Corte de Casación pide [illegible]

tos para resolver sobre la anunciación del recurso: los cinco días se cuentan entonces desde que la parte presente el oficio de la Corte en el Tribunal á quien se ordena la remisión del expediente.

Si el recurrente estuviere asistido á reserva, el expediente se despachará de oficio en todo caso.

Estos términos y los del artículo anterior se contarán de la manera que se determina en los artículos 167 y 168.

Art. 414. Cumplido lo dispuesto en el artículo anterior, el Tribunal que tiene el expediente mandará extender la copia que debe quedar en su archivo, y remitirá los autos originales por el primer correo á la Corte de Casación.

Pero si trascurrieren los diez días referidos sin haberse anunciado el recurso, ó los cinco predichos sin haberse hecho la consignación ordenada por el artículo citado, devolverá en la forma legal los autos al inferior, y se considerará perecido el recurso.

Art. 415. Si el Tribunal ante quien fuere anunciado el Recurso de Casación encontrare que el negocio está comprendido en alguna de las excepciones establecidas en el artículo 411, declarará que es inadmisible, expresando la causa, y no le dará curso; poro no devolverá los autos al inferior sino después que hayan trascurrido cinco días hábiles desde aquella declaratoria, y expedirá antes al interesado las copias que pidiere, con las cuales podrá la parte ocurrir de hecho á la Corte de Casación, con arreglo á las disposiciones contenidas en este Código sobre el recurso de hecho.

Este recurso se decidirá en el término de cinco audiencias, contadas desde la fecha en que sea introducido en la Corte.

Si trascurrieren los cinco días mencionados sin haber consignado el papel sellado necesario para las copias y el porte de correo, el Tribunal devolverá el expediente al inferior, poniendo constancia de dicha circunstancia, y la parte perderá el derecho al Recurso de Casación.

Art. 416. La Corte de Casación impondrá el pago de costos y costas al Juez ó Tribunal que con injusticia manifiesta hubiere negado el Recurso de Casación ó las copias de que hablan los artículos precedentes, ó que hubiere impedido á la parte anunciarlo en el expediente, ó hubiere rechazado el escrito en que se anunció; y aun podrá suspender de su destino al Magistrado ó ma-
ados infractores y someterlos á juicio ante las autoridades com-
tes, si desobedecieren la orden de la Corte que mande oír
recurso ó expedir las copias para ocurrir de hecho.

ede también la Corte de Casación imponer multa hasta de
entos bolívares á los jueces que retengan el expediente después

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Anuncio y [illegible] En los artículos de la Ley de Casación de que hemos hecho [illegible] y en [illegible] de [illegible] de este recurso. Aquí [illegible] en [illegible] y estudiar la manera de [illegible] que se impone de [illegible]. Es el primero el de anunciar el recurso, y [illegible] después de [illegible] que haga [illegible] de la [illegible] de la causa y que en [illegible] de interlocutorias en que [illegible] el recurso. [illegible] posteriores, [illegible] de la [illegible] de la [illegible] y [illegible] se hace pues, en [illegible] en la [illegible] por la sentencia [illegible]. Esas interlocutorias que [illegible] el recurso se [illegible] en el curso de la causa y sería enteramente [illegible] para [illegible] el expediente á la Corte de Casación para resolver sobre [illegible] que así sucede. [illegible] tiempo por [illegible] á que [illegible] para anunciar el recurso, [illegible] el modo en que se [illegible]. Sin embargo, acostumbramos muchos abogados anunciar el recurso en [illegible], dentro de los diez días hábiles después de notadas esas sentencias interlocutorias en que no se dé curso sino después de [illegible].

Donde se hace el anuncio. El anuncio debe hacerse ante el Tribunal que dictó la sentencia definitiva indicada bien por diligencia bien por escrito. Pero como puede suceder que por cualquier accidente que ocurra sea imposible hacerlo así, se podrá entonces anunciar el recurso ante cualquiera otra autoridad ó funcionario público, una oficina de registro, un Tribunal de Municipio ó de Parroquia etc. En tal caso, deberá el interesado presentar ante la Corte de Casación, dentro del término de la distancia y cinco días más ese anuncio, junto con la prueba de haberle sido imposible hacerlo ante el Tribunal que dictó la sentencia. Entonces aquella Corte, si encontrare fundada la solicitud del recurrente, pedirá los autos al Tribunal donde se siguió el juicio, y dará por anunciado el recurso; empezando á correr el término de la formalización desde que la Corte dicte aquella determinación.

Papel y porte. Anunciado el recurso, el recurrente deberá entregar, den tro de los cinco días siguientes al término legal del anuncio, en la Secretaría del Tribunal, el papel sellado necesario para la copia de la sentencia que ha de quedar en el Tribunal que le dictó, y el porte de correo d [illegible] y vuelta del expediente: caso de haber sido hecho el anuncio ante el mismo [illegible] bunal. Mas si se hizo ante otra autoridad, en caso extraordinario, el papel [illegible] do y el porte de correo, deberán consignarse dentro de los cinco días p [illegible] al en que la parte presente en el Tribunal de la causa, el oficio de la [illegible] de Casación, en que ordena la remisión del expediente. Y concluye el [illegible] con estas dos advertencias, si el recurrente estuviere asistido á reserva, [illegible] diente se despachará de oficio, en todo caso; y los términos de que hablan [illegible] mo artículo y el anterior se han de contar del modo determinado en los [illegible]

167 y 168. En tales advertencias no hace el legislador sino respetar lo que ha dejado establecido en el Título sobre defensa de pobres, y en los dos artículos citados, que estudiamos oportunamente.

Hecha la consignación de papel y fondos para el porte, dice el artículo 414, que el Tribunal que tiene el expediente debe mandar á extender la copia que ha de quedar en su archivo, y por el primer correo remitirá los autos á la Corte de Casación.

Pena para la falta del suministro. Y agrega luego, que si se dejan pasar los lapsos para el anuncio ó para la consignación expresada, sin verificar lo uno ó lo otro, el Tribunal devolverá los autos al inferior, en la forma legal, y se considerará perecido el recurso. Dura es la pena de la falta, pero, de una parte, ha de tenerse en cuenta que se trata de una sentencia ejecutoriada, cuya ejecución no debe suspenderse ni dilatarse; y de otra parte, basta tener el cuidado de cumplir para evitar la pena.

Ordena el artículo 415 al Tribunal ante quien se anuncia el Recurso de Casación, declararlo inadmisible, si encontrare que el negocio está comprendido en alguna de las excepciones del artículo 411, que ya estudiamos, y que no le dé curso; pero para dejar expedito al recurrente el recurso de hecho para ante la Corte de Casación, dispone que no se devuelvan los autos al iuferior sino después de transcurridos cinco días hábiles desde la dicha declaratoria, y que expida antes al interesado las copias que pidiere para que pueda ocurrir á la Corte de Casación á introducir en ella el dicho recurso de hecho, con arreglo á las disposiciones que informan ese recurso, según este Código.

La Corte debe decidirlo dentro de cinco audiencias después de introducido.

Mas si el interesado dejare de consignar dentro de los dichos cinco días el papel para las copias y el porte de correo, el Tribunal devolverá el expediente al inferior, haciendo constar dicha circunstancia, y la parte perderá el derecho al recurso.

Delicado y hasta imprudente pudiera parecer el encargar al Tribunal donde se hace el anuncio, de declarar inadmisible el Recurso de Casación; pero si se se atiende; primero, á la claridad de las excepciones del artículo 411, cuya recta aplicación no presenta dificultades : segundo, á que contra esa declaratoria deja el legislador el recurso de hecho para ante la misma Corte de Casación; y en fin, las penas que se establecen en el artículo siguiente contra el Tribunal que con injusticia manifiesta declara inadmisible el recurso, desaparecerá todo motivo de censura contra la disposición á que aludimos. Todas las precauciones necesarias para impedir una arbitrariedad están tomadas, y en último resultado deja la Ley el medio de que la misma Corte de Casación sea la que decida sobre la inadmisibilidad del recurso.

Pena á la negativa del recurso. Véanse ahora las disposiciones del artículo 416. La Corte de Casación, dice, *impondrá* el pago de costos y costas al Juez ó Tribunal que con injusticia manifiesta hubiere negado el Recurso de Casación, ó las copias de que hablan los artículos precedentes, ó que hubiere impedido á la parte anunciarlo en el expediente, ó hubiere rechazado el escrito en que se anunció; y aún podrá suspender de su destino al magistrado ó magistrados infractores y someterlos á juicio ante las autoridades competentes, si desobedecieren la orden de la Corte que mande oir el recurso ó expedir las copias para ocurrir á hecho.

Con una sanción como la contenida en esas disposiciones, será fácil que un Tribunal se exponga á incurrir en ella por una ligereza ó una parcialidad, desdeciendo la Ley ó aplicándola á su capricho? Bien se cuidará de ello, para no cometer una injusticia manifiesta, y dar lugar á esas severas penas.

Y en sus previsiones la Ley, se extiende á dar á la Corte de Casación la facultad de imponer multas hasta de quinientos bolívares á los Jueces que retengan

el expediente después de oído el Recurso de Casación, ó demoren en proveer sobre el anuncio, ó retarden el envío de los autos á la Corte, cuando ésta los pida para los efectos del artículo 412, esto es, para resolver sobre el anuncio extraordinario del Recurso de Casación.

Y concluye el artículo, disponiendo que en todos esos casos, en que se trata de imponer pena, se pida previamente al Juez ó Tribunal de que se habla, informe, que deberá enviar en el término de tres días y la distancia, apercibidos de que si no lo hicieren así, la Corte resolverá con los datos que tenga en su poder. Así se acata cumplidamente el principio de justicia, que no permite castigar, sin oir al infractor. Por supuesto, que á ese informe pueden ser agregados cualesquiera comprobantes de descargo.

Muy acertadas encontramos todas esas disposiciones legales, cuya estricta observación dejan, sin duda alguna, asegurados los derechos de las partes en lo relativo al anuncio del Recurso de Casación, que es el primer paso del recurrente.

Art. 417. El Recurso de Casación será formalizado por escrito en el cual, se indicará la sentencia ó determinación contra la que se intente, los artículos de la ley cuya infracción se denuncie, ó las formas sustanciales del procedimiento que hayan sido quebrantadas ú omitidas, con expresión de las disposiciones legales que las establezcan y los fundamentos en que se apoya el recurso.

Art. 418. El escrito de formalización será presentado ante la Corte de Casación, pero podrá presentarse también ante el Tribunal donde fué anunciado el recurso, siempre que sea producido antes del envío de los autos por correo.

Deberá extenderse en el papel sellado nacional correspondiente; pero si faltare éste en el lugar donde reside el Tribunal que ha de remitir el expediente, podrá extenderse en papel florete común, á reserva de agregarse inutilizado el primero antes de fijarse la vista del recurso.

Art. 419. El término para formalizar el Recurso de Casación será de cuarenta días, que empezarán á contarse desde el día siguiente al último de los diez días que se conceden para el anuncio, y además, el de la distancia del lugar en que se dictó la última sentencia á la Capital de la República.

Los cuarenta días se dejarán trascurrir en todo caso.

El término de la formalización y el de la distancia se contarán por días consecutivos, excluyendo sólo los de vacaciones.

Art. 420. Vencidos los lapsos fijados para la formalización del recurso, sin haber sido hecha por el recurrente con las formalidades que quedan expresadas, la Corte lo declarará perecid[illegible] tición del interesado, sin necesidad de proceder á la vista [illegible] causa, á menos que el recurrente pruebe plenamente, á juic[illegible] misma Corte que no pudo formalizar en tiempo el recurso [illegible] bérselo impedido la retención ó retardo del expediente, estar [illegible] ceptados los caminos, cerrados ó bloqueados los puertos, pres[illegible] vemente enfermo el abogado á quien fué remitido el poder

casos semejantes de fuerza mayor, en cuyas circunstancias la Corte de Casación le concederá término bastante para formalizarlo, que no excederá de veinte días, á contar del recibo del expediente.

Art. 421. Formalizado el recurso en los lapsos y con los requisitos prescritos en esta Ley, se sustanciará por los trámites establecidos para la segunda instancia y se sentenciará dentro de la quinta audiencia después de los últimos informes, debiendo las partes presentar siempre por escrito las conclusiones de lo alegado.

ESTUDIO 118

ANTECEDENTES

Ya tenemos explicado que no hemos creido necesario comparar la ley actual con las muchas que la precedieron, y que fueron frecuentemente reformadas por el Poder Legislativo, hasta que fué incorporada á este Código. Poco ó nada se ganaría con tal comparación, porque tales reformas se referían, no á los principios, sino de ordinario al procedimiento. Lo único que creemos conveniente advertir es, que desde las primeras reformas dichas, se suprimió la consignación de dinero que era preciso hacer y comprobar al formalizar el recurso, según las primeras leyes.

EXPLICACIONES

Formalización del recurso. Entra ahora el legislador á establecer el segundo paso que ha de dar el recurrente para la eficacia de su recurso. Este segundo paso es la formalización. El artículo 417 dice que debe formalizarse por escrito; y que en éste deben indicarse la sentencia ó determinación contra la cual se intente, los artículos de la ley cuya infracción se denuncie, ó las formas sustanciales del procedimiento, quebrantadas ú omitidas, con expresión de las disposiciones legales que las establezcan y los fundamentos del recurso. Es evidente la necesidad de indicar la sentencia ó decisión contra que obra el recurso, de modo claro y preciso; de suerte que con la sola lectura del escrito, sepan los Jueces, qué Tribunal y de cual Estado, ó del Distrito, dictó el fallo, y en que fecha. Y como en el escrito ha de referirse el recurrrente al proceso y su objeto, quedará bien definida esta parte del escrito. También se comprende la necesidad de expresar en éste, cuales son los artículos de la ley, las disposiciones de éstos, que han sido violadas ó que han sido omitidas, no de modo general refiriéndose á la materia, sino al artículo mismo y su disposición; porque todo ello ha de ser la base para los razonamientos que ha de hacer el recurrente para fundamentar el recurso. En una palabra todo debe ser concreto, preciso, para que no haya duda sobre los agravios de legalidad que atribuya al fallo ó decisión, que somete á la Corte de Casación. No basta, como han creido algunos, decir en el escrito que han sido violadas, omitidas ó mal aplicadas las disposiciones legales sobre la materia tal; porque eso es vago, indefinido y no presenta el pensamiento, como la ley lo exige, con la precisión debida. Y no basta tampoco citar los artículos y aún lo que disponen sino que es preciso añadir las razones que á juicio del recurrente, demuestren la falta ó que atribuya á la decisión.

Donde se presenta el escrito de formalización. El artículo 418 dispone que escrito sea presentado á la Corte de Casación; pero faculta al interesa- para presentarlo en el mismo Tribunal donde fué anunciado el recurso, tal que sea antes del envío de los autos. Esta facultad es conveniente; que es más fácil redactar ese escrito, al abogado que, por haberse enten- en el negocio en la localidad, no necesita el prolijo estudio que debiera

hacer de los autos el abogado que atendiese el asunto en Casación; sobre todo, si como suele suceder, el expediente fuere voluminoso: á más de que no deja expuesto al recurrente á cualquier inconveniente que pudiera ocurrir, por ausencia, enfermedad ú otro motivo, del abogado de la capital á quien eligiera para representarle ante la Corte de Casación.

También dice el artículo 418 que el escrito ha de extenderse en el papel sellado nacional correspondiente, y caso de faltar en la localidad, en papel florete común, á reserva de inutilizar, antes de la fijación para la vista, los sellos invertidos. Esto no necesita explicación.

El término para formalizar el recurso dice el artículo 419, será de cuarenta días, que empiezan á contarse desde el siguiente, al último de los diez fijados para el anuncio, y además el de la distancia del lugar donde se dictó la última sentencia á la Capital de la República; y que se cuentan [ambos] por días consecutivos, excluyendo sólo los de vacaciones.

Parecería estrecho ese término fijado, sobre todo cuando ha de contarse por días consecutivos, á causa de los inconvenientes que pudieran presentarse, en un país despoblado y cuyas vías terrestres de comunicación, presentan tantas dificultades en la estación de las lluvias. Más, el artículo siguiente prevee cuanto pudiera interrumpir el envío de los autos, y aun otros tropiezos más, como vamos á verlo.

Pero antes debemos decir que el dicho artículo 419, dispone además, que los cuarenta días se dejen trascurrir en todo caso: disposición que tiene por objeto no mermar al recurrente el lapso que le da la ley, é imponer á la Corte la obligación de esperar el vencimiento para dar curso al asunto.

Penas de la no formalización. El artículo 420 preceptúa que vencidos los lapsos fijados para la formalización, sin haberla hecho el recurrente con las formalidades expresadas, la Corte declare perecido el recurso á petición del interesado [que será la contraparte] sin necesidad de proceder á la vista de la causa. Y no puede haber en ello dificultad, toda vez que se trata de un hecho que no requiere sino hojear el expediente para palpar la falta de formalización. La Corte dicta entonces su decreto; declarando, por autoridad de la ley, perecido el recurso por aquella falta. Pero si el recurrente prueba plenamente, á juicio de la Corte, que no pudo formalizar en tiempo el recurso por habérselo impedido la retención ó retardo del expediente, estar interceptados los caminos, cerrados ó bloqueados los puertos, preso ó gravemente enfermo el abogado á quien fué remitido el poder, ú otros casos semejantes de fuerza mayor, la Corte de Casación, atendidas las circunstancias del caso probado, le concederá término bastante para la formalización, que no exceda de veinte días contados desde el recibo del expediente.

Se ve, pues, que el legislador ha tomado todas las precauciones necesarias para no imposibilitar al recurrente de formalizar su recurso. De este modo las disposiciones legales sobre la materia se adaptan á las condiciones del país.

Por supuesto que la solicitud y la prueba del caso, deben presentarse á la Corte de Casación en tiempo oportuno; pues, si da lugar á que se declare perecido el recurso, ya no le quedará remedio, y sólo podrá quejarse á su descuido.

La prueba debe ser plena, fehaciente; cosa no difícil, en hechos q. nen que ser notorios, como cerrada de puertos, bloqueos etc., etc.

Sustanciación del recurso. El artículo 421 establece que formalizau recurso en los lapsos y con los requisitos legales, se sustanciará el re so por los trámites establecidos para la segunda instancia, que ya tene estudiados; y se sentenciará dentro de la quinta audiencia después de últimos informes, debiendo las partes presentar siempre por escrito las clusiones de lo alegado,

Como es sabido, es al Presidente del Cuerpo á quien toca la sustanciación; de manera que cualquiera incidencia que ocurra, como inhibición, recusación, solicitud de que se pida alguna pieza del expediente no remitida, etc., la sustancie y decida el Presidente sólo, con apelación á la Sala, si ha lugar á ello.

En la relación y en los informes se obra exactamente como está dispuesto para la vista en segunda instancia, siguiendo el orden allí establecido, concediendo réplica y contra-réplica breves, y presentando las conclusiones; teniendo la Corte todas las facultades que se dan allí, para evitar abusos en los informes.

Art. 422. En el fallo del recurso, la Corte de Casación se limitará á considerar las infracciones alegadas en el escrito de formalización y decidirá sobre éllas, sin extenderse al fondo de la controversia ni al establecimiento ó apreciación de los hechos por parte de los jueces sentenciadores, á menos que se alegare infracción de regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, pues entonces deberá decidir sobre la infracción alegada.

Las infracciones de leyes de orden público pueden ser alegadas por primera vez en los últimos informes antes de la sentencia.

Si en el examen del asunto la Corte encontrare que se ha quebrantado alguna disposición legal expresa, ó aplicado falsamente alguna ley, sin que tales infracciones hayan sido alegadas, lo advertirá á los jueces sentenciadores para conservar la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia.

Art. 423. Declarado con lugar el recurso por estar comprendido en alguno de los casos enumerados en el artículo 409, la Corte ordenará en la misma decisión que vuelva á fallar el Tribunal que dictó la sentencia casada. Para ese efecto se considerarán inhábiles los jueces que sentenciaron antes, y deberán ser reemplazados en aquel juicio, de conformidad con la Ley Orgánica de Tribunales del respectivo Estado ó del Distrito Federal.

Si el recurso fuere declarado con lugar, fundado en alguno de los casos del artículo 410, la Corte mandará reponer el juicio al estado en que se cometió la primera infracción, para que se siga de nuevo, corrigiendo las faltas de procedimiento, hasta dictar nueva sentencia.

Art. 424. Cuando el Recurso de Casación fuere declarado sin lugar, el recurrente será condenado en costas, si fuere temerario, á juicio de la Corte.

También se le condenará en costas si desistiere del recurso ó lo hubiere dejado perecer.

Art. 425. En el mismo fallo, la Corte de Casación, por lo que

resulte del proceso, aplicará las penas disciplinarias cuya imposición le encomienda el Título Preliminar de este Código, cuando haya lugar.

Art. 426. Lo resuelto en la sentencia que declara con lugar el Recurso de Casación es obligatorio para los jueces que deben fallar nuevamente la causa ó repouer el procedimiento. Serán nulos la sentencia y autos que dieren en desacuerdo con la declaratoria expresada.

La Corte de Casación ordenará que se someta á juicio de responsabilidad á los jueces infractores ante la autoridad competente, y deberán satisfacer los daños y perjuicios que causen á la parte.

Art. 427. Para ningún acto relacionado con el Recurso de Casación se necesitará citación de las partes, y para la vista y sentencia de la causa bastará la fijación en las puertas del Tribunal.

Art. 428. Tampoco necesitará el apoderado constituido en el pleito nuevo poder para anunciar ó formalizar el recurso, ni para cualquier otro acto relativo á éste.

Art. 429. El Recurso de Casación no impide el de queja para hacer efectiva la responsabilidad civil de los funcionarios judiciales, en los casos permitidos por las leyes.

Tampoco impide el juicio de invalidación que pueda seguirse por los motivos establecidos en el Título correspondiente de este Código, siempre que sean distintos de los decididos en Casación; ni que pueda intentarse Recurso de Casación en los mismos juicios de invalidación cuando ese recurso sea procedente.

Art. 430. Pendiente el Recurso de Casación, el Juez ó Tribunal dictará, á solicitud de la parte interesada, todas las disposiciones precautelativas necesarias, á fin de que no se haga ilusoria la ejecución de la sentencia contra la cual se ha intentado. Al efecto, puede la parte favorecida por la sentencia definitiva ejecutoriada pedir que se verifiquen los actos de embargo de bienes suficientes, los avalúos y demás diligencias de ejecución con excepción de los de remate y adjudicación de bienes aún á la misma parte favorecida: estos últimos actos quedarán diferidos hasta la decisión del Recurso de Casación, y de consiguiente subordinados á lo que en el fallo de dicho recurso se decida.

Art. 431. La sentencia dictada en el Recurso de Casación será registrada por el Canciller de la Corte en un libro destinado al efecto, y se publicará en la *Gaceta Oficial.*

Art. 432. El expediente será devuelto por el primer cor al Tribunal que lo remitió.

ESTUDIO 119.

ANTECEDENTES

Según lo que hemos explicado ya, nada tenemos que decir en el particula-

EXPLICACIONES.

Sentencia. Entra el legislador á ocuparse ahora de la sentencia del Recurso de Casación, y dice á la Corte que debe limitarse á considerar las infracciones alegadas en el escrito de formalización, y desidir sobre ellas. Es eso lo correcto; porque es el verdadero objeto del recurso: es la materia que le está encomendada á la Corte. Lo demás sería extralimitar su misión. Ella es Juez de los excesos jurídicos, y defensor de la Ley y de su pureza. De ahí no debe pasar.

Hechos de la causa. No conforme el legislador con aquella limitación, y para mejor resguardar su mandato, le agrega «sin extenderse al fondo de la controversia ni al establecimiento ó apreciación de los hechos por parte de los Jueces sentenciadores, á menos que se alegare infracción de regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, pues entonces deberá decidir sobre la infracción alegada». Lo primero: no entrar en el fondo de la controversia, está claro. No es Tribunal de alzada; y no puede pronunciar nuevo fallo en el asunto, por más que considerase injusto, á vista de los hechos y datos del proceso, lo que se hubiere ejecutoriado. Lo segundo: no extenderse á los hechos, su establecimiento y apreciación, con la excepción que hace, necesita explicación.

Doctrina de Borsari. *Borsari*, sobre el Recurso de Casación en su tratado de Procedimiento Civil italiano, trae este pasaje: «La casación está lejos de ser una institución abstracta, más útil á la ciencia que á la justicia, como muchos la acusan. La justicia efectiva y real es su fin próximo: mientras menos próximo y general es aquello de dar á las manifestaciones jurídicas, unidad y grado de ciencia. Ella está de acuerdo en la necesidad de deber sacar del hecho mismo la consecuencia jurídica para valorarlo en concreto, y de que los poderes se aproximan de tal suerte que parecen próximos á confundirse, ó sea que el Superior pase sobre el otro, y casi amenace invadirlo; ó sea que concediendo demasiado á la jurisdicción de fondo, este usurpe prerrogativas de la Corte Suprema, dejándola impotente para rectificar el derecho. De aquí, se ha dicho por una parte: al Juez del mérito la *interpretación del hecho* en su mayor esfera posible: al Juez Supremo, el conocimiento del hecho, no ya *como propia mira*, sino más en cuanto al hecho mismo es instrumento esencial para la definición del derecho. Nosotros lo diríamos así: la *verdad jurídica del hecho pertenece al Magistrado del mérito*, la *verdad material* al Magistrado de Casación» . . . . . .

Tras de algunas explicaciones más, dice:

«En otras palabras, la Corte de Casación tiene siempre necesidad de establecer una relación *entre el derecho pronunciado ó aplicado por la sentencia denunciada*, y el derecho existente. Pero establece del mismo modo una *relación de hecho* entre lo que se extrae de la sentencia y lo que existe, toda vez que se pretenda haberse hecho una inversión positiva, evidente, del estado del hecho . . . . . .»

«Será agradable aclarar un poco más lo que se ha dicho sobre definición del carácter jurídico de un acto, de un contrato, etc., y repetimos que la cuestión debe considerarse de derecho y de la competencia de la Corte S[illegible]ma. Pero es preciso distinguir la decisión de voluntad y de hecho, [illegible]a de derecho. Si se ha querido hacer una compra-venta, ó no, ¿existe [illegible] compra-venta *en cuanto las partes han tenido en ánimo hacer tal con[illegible]?* He ahí una cuestión de hecho que bien puede ser única. Si la res[illegible]sta es negativa, si no se ha querido hacer ni aquel ni ninguno otro con[illegible]o, la obligación no existe: todo es concluido. Si bajo la apariencia de [illegible] compra-venta *se ha querido* hacer una donación, también es esta una [illegible]stión de hecho. Pero si el resultado por el cual se afirma que un con[illegible] debe considerarse más bien como venta que como donación, no se fun-

da sobre la voluntad de las partes en cuanto haya podido producir tal efecto, *sino que conviene recurrir á los preceptos de la razón jurídica para determinar el carácter*, es entonces que la cuestión asume condición de derecho, y no se trata ya, como se dijo, de estimación ó apreciación. El precio no fué establecido entre los contratantes, sino dejado al arbitrio de un tercero: ¿es esta una compra-venta? Habiendo los contratantes establecido este y aquel pacto ¿cuál es el resultado de tales convenciones? Una locación, nada más que una locación, y no un contrato distinto? He ahí otras tantas cuestiones de derecho . . . . . »

Comparación de esa doctrina con la de nuestra ley. En lo inserto se vé que el Maestro, al considerar los hechos, busca discriminar, por la filosofía jurídica, cuándo es que se trata del simple hecho, y cuándo de un hecho jurídico, que requiere ocurrir á la ley; para dar la competencia en el primer caso, al Juez del mérito, al sentenciador, y en el segundo, á la Corte Suprema, esto es, á la de Casación.

Si comparamos esas doctrinas con la que establece el artículo nuestro que estudiamos, podremos decir que son idénticas sustancialmente? Nuestro artículo dice, como hemos visto, que toca á los Jueces sentenciadores el establecimiento y apreciación de los hechos, á menos que se hubiere alegado infracción de regla legal expresa al valorar el mérito de la prueba, que entonces decide la Corte de Casación.

Si la identidad entre las dos teorías no es perfecta, completa, es tan próxima que bien puede confundirse sin pecar gravemente contra la ciencia. Porque el supuesto del Maestro, de tener que ocurrir á la ley, y no á la pura voluntad de las partes, para poder decidir la cuestión de hecho planteada, es buscar en la ley la clave de la decisión; y si no se aplica la que corresponde, ó se aplica mal, se viene á parar en la infracción de ley expresa, ó regla legal expresa que es el caso de nuestra ley.

Doctrina sobre costas. Estas doctrinas son aplicables en la materia de las condenatorias de costas, en que se necesita encontrar temeridad en el litigante; y para ello han de estimarse los hechos del proceso bajo este aspecto. En cuanto á los que han apelado, también dá la ley, reglas para la imposición de costas de la instancia. Habrá, pues, ó no infracción de ley; y habiéndola, la casación es de rigor en la materia.

Leyes de orden público. Pasemos á lo demás del artículo 422.

Que las infracciones de las leyes de orden público puedan ser alegadas en los últimos informes, es cosa natural, desde que ellos han de prevalecer sobre todo otro interés, como lo enseña el Código Civil; y por consecuencia hasta el último momento se ha de oir el alegato que denuncie tal infracción. La dificultad consiste en definir con precisión cuales son esas leyes de orden público. A reserva de extendernos sobre esto y traer en apoyo las doctrinas más autorizadas al tratar del *pase* de las sentencias extranjeras, diremos ahora, que, en general, las leyes de procedimiento no dictadas en beneficio y provecho de una parte, sino en interés del juicio y para garantía de los derechos de todos, son leyes de orden público; lo mismo que las orgánicas de tribunales, principalmente en cuanto distribuyen el conocimiento de las distintas materias.

Infracciones no alegadas. El último aparte del artículo 422 se refi s
infracciones de ley expresa, observadas por la Corte, pero no denunc s
ó alegadas; respecto de las cuales dispone, que se adviertan á los Juec i-
tenciadores para conservar la integridad de la Legislación y la unidad a
Jurisprudencia, ya que nada puede hacer la Corte en interés del re e
que no quiso ú olvidó alegar la infracción, lo hace élla en interés de .
Esto es más claro y más sencillo.

¿Sentenciar de nuevo? El artículo 423 prevee el caso de haberse declarado con lugar el recurso en alguno de los casos del articulo 409, esto es, vicio de la sentencia misma, la cual queda declarada casada; y la Corte debe ordenar en la misma decisión que vuelva á fallar el Tribunal que dictó la sentencia casada. Como es natural, el artículo declara inhábiles á los Jueces que dieron aquel fallo, para que sean reemplazados por los correspondientes, conforme á la respectiva ley orgánica. Esta es la casación de fondo.

Reposiciones. Y en el aparte del mismo artículo se hace cargo la ley del caso en que se haya declarado con lugar el recurso en alguno de los casos del artículo 410, que son infracciones del procedimiento; y dispone que entonces la Corte mande reponer el juicio al estado en que se cometió la primera infracción, para que de ahí en adelante continúe correcto, y se vuelva á dictar sentencia. Esta es la casación de forma.

Costas del recurso. El artículo 424 se ocupa ahora del caso de ser declarado sin lugar el recurso, sea de fondo, sea de forma; y ordena que sea condenado en las costas el recurrente, si apareciere temerario á juicio de la Corte. Este es el principio que informa nuestra legislación en materia de costas. Así tiene, pues, que ser.

Si se desiste del recurso ó se deja perecer, la imposición de las costas es forzosa. El hecho mismo es suficiente para tener como temerario al recurrente.

Penas disciplinarias. Y como la Corte de Casación, por su posición misma á la Cabeza de Justicia Seccional, es la primera llamada á corregir las faltas materiales de los funcionarios, les recuerda el artículo 425, el deber que le impone el artículo 39 de este Código, de aplicar las correspondientes penas disciplinarias, por lo que resulte del proceso, cuando haya lugar.

El artículo 426 ha venido á cortar de modo radical el espíritu de desobediencia quo venía de atrás, por las decisiones de casación que ordenaban sentenciar de nuevo. El orgullo, acaso parecía querer hacer punto de honor, en no cejar de la primera decisión librada, creyendo desdoroso que se diese por errada aquella; y se vieron casos de insistencia en el primer fallo. En Francia fué también ese punto materia de dificultades, que se allanaron al fin. Nuestra ley las ha cortado radicalmente, no sólo con el mandato terminante de ser obligatorio el obedecer lo resuelto por la Corte de Casación, sino con el sometimiento á juicio de los jueces infractores, declarándolos responsables de los daños y perjuicios á las partes.

No se necesitan citaciones, ni nuevos poderes. Según los articulos 427 y 428, para ningún acto relacionado con el Recurso de Casación se necesita citación de las partes: para la vista y sentencia basta la fijación en la tablilla que se tiene á la puerta del Tribunal; así como tampoco necesita el apoderado del recurrente, nuevo poder para entenderse en el recurso. Todo eso facilita el despacho, apartando estorbos innecesarios.

Declaración del artículo 429. Tres declaratorias importantes hace el artículo 429. La primera es, que el Recurso de Casación no impide el de queja para hacer efectiva la responsabilidad civil de los funcionarios judiciales, en los casos permitidos por las leyes. Claro es: son dos derechos otorga- ; á los litigantes; el uno como recurso extraordinario en la causa misma: otro enteramente independiente: aquél para buscar remedio contra las galidades; y éste para penar las faltas que lo merecieren, según la ley.

La segunda declaratoria es, que tampoco impide el Recurso de Casación, de invalidación á que haya lugar, conforme al Título sobre esta última, mpre que sean distintos los motivos alegados para ella, de los decididos casación.

Este es un recurso extraordinario en el mismo juicio seguido, que sólo tiene diez días para anunciarlo, y en el cual no hay término probatorio, sustanciándose como recurso de alzada. La invalidación es un juicio formal que se sustancia y sentencia por los trámites del ordinario, de una sóla instancia, y que tiene, según los casos, término de treinta días y de tres meses para intentarlo. Los motivos para la invalidación no son todos, los mismos que para el Recurso de Casación; pues aunque algunos lo sean, otros son distintos. No pueden, pues, obstarse uno á otro medio, sino en el único caso de que fuesen unos mismos los motivos alegados para el uno y para la otra, para evitar la exposición á sentencias contrarias, sobre un mismo fin. Y por la diferencia de términos para los dos, será lo ordinario que el Recurso de Casación preceda al juicio de invalidación. Si aquel no tuviere el éxito buscado, puede entonces seguirse el juicio de invalidación por los otros distintos motivos que lo autoricen.

La tercera y última declaratoria es, que en el mismo juicio de invalidación puede admitirse el Recurso de Casación, si fuere procedente. Así lo dice también el artículo 711 en el Título sobre la Invalidación. Tratándose de un juicio civil, no comprendido en ninguna de las excepciones que establece el Título sobre casación, ningún obstáculo se encuentra para lo que se dispone ahora.

Medidas precautelativas. El artículo 430 sobre medidas precautelativas necesita explicaciones, porque su redacción no tiene la claridad deseable. Dice que el Juez ó Tribunal dictará á solicitud de la parte interesada, todas las medidas precautelativas necesarias á fin de que no se haga ilusoria la ejecución de la sentencia contra la cual se ha intentado el Recurso de Casación. Al efecto, agrega, puede la parte favorecida por la sentencia definitiva ejecutoriada, pedir que se verifiquen los actos de embargo de bienes suficientes, los avalúos, etc. ¿A qué Juez ó Tribunal se refiere la disposición? ¿Es al que dictó la sentencia que se ejecutorió? ¿Es al de la primera instancia de la causa, que es á quien la ley respectiva comete la ejecución? En nuestro concepto es á este último, por lo mismo que es el ejecutor legal; pues sería trastornar el orden judicial, el dar á los Tribunales Superior ó Supremo, el encargo de llevar á cabo tales medidas, que son ajenas de su posición y categoría. Las leyes anteriores decían, respecto del particular, que el interesado pidiese al Tribunal de la última sentencia, copia certificada de ella para ocurrir al Juez de la Primera Instancia á hacer las solicitudes de embargo, etc., y gestionar la ejecución de tales medidas precautelativas, hasta dejar del todo preparado el remate, el cual quedaría dependiendo del resultado del Recurso de Casación. Es de ese mismo modo que debe procederse hoy, á nuestro parecer.

Por supuesto que es indispensable que alguna de tales medidas sean procedentes en el caso; pues ni se puede obrar, sin acierto y á discreción, ni pretender asegurar lo que no admita ejecución, según la sentencia, como una absolución del demandado. No se harían lugar tampoco dichas medidas, si ya estuviesen tomadas en el curso del juicio, las que fuesen conducentes. Ni se podrían así mismo, contrariar las disposiciones especiales en algún juicio especial, sobre precautelativas, en que las especialidades se han de observar con preferencia.

Medidas finales. Los dos artículos finales de la Ley mandan que las sentencias de Casación sean registradas por el Ministro Canciller en un libro destinado al efecto; que se publiquen en la *Gaceta Oficial;* y que el ex diente sea devuelto al Tribunal que lo remitió.

TITULO VI

DE LA EJECUCION DE SENTENCIA

SECCION 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 433. El Juez á quien toque el conocimiento de la causa en primera instancia ó la sustanciación, siendo colegiado el tribunal á quien corresponda dicho conocimiento, cumplirá la sentencia ejecutoriada ó cualquier otro acto que tenga fuerza de tal.

Art. 434. Si fuere un Tribunal de arbitramento el que ha conocido en primera instancia, la ejecución corresponderá al que sin el compromiso hubiera conocido en primera instancia.

Art. 435 Cuando la sentencia ejecutoriada ha quedado definitivamente firme el Tribunal pondrá un decreto mandándola ejecutar.

De la misma manera obrará cuando el laudo arbitral hubiere quedado definitivamente ejecutoriado.

ESTUDIO 120

ANTECEDENTES

DERECHO PATRIO.—Los artículos copiados son los 294, 295 y 296 del Código de 1873, y 298, 299 y 300 del de 1880 con alguna variación en este último, en la reforma de 1895. El artículo único, Tít. 6º del Código de 1838, decía: «Toda sentencia debe ejecutarse por el tribunal que ha conocido de la causa en primera instancia, ó por el Juez que la sentenció, si el tribunal fué colegiado, ó por aquel á quien se cometa la ejecución, en los juicios de árbitros.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 1ª Tít. 27 Parte 3ª* «Cumplir pueden los juicios, a [illegible] que son valederos, aquellos mismos jugadores que los dieron.»

1ª Tít. 17 Lib. 11 Nov. Recopº

[illegible]RECHO ROMANO.—« Is cui actio judicati competit, agit hac actione apud m [illegible]atum ad quem pertinet sententiam exequi. In qua actione id tantum q [illegible]ritur, an judicatum sit, et postquan judicatum esse magistratui compar- t [illegible] est, sententiam excecutioni mandat. D. Poth lib. XLII, Sect. IV de la e [illegible] et. Tít. XLIV.»

Texto que dice: Aquel que tiene la acción de lo juzgado, la intenta ante el Magistrado á quien corresponde la ejecución de la sentencia. Solo se examina en esta acción si se ha juzgado y cuando el magistrado reconoce que sí, ordena la ejecución de la sentencia.

EXPLICACIONES

Necesidad de la ejecución judicial. De nada servirían los juicios, si los fallos en ellos recaídos que deban ejecutarse, no pudieran en efecto hacerse cumplir por la parte obligada á ello, por disposiciones de la misma justicia. El derecho del vencedor, por más que estuviese declarado, quedaría ilusorio; y es por esto que la ley reglamenta la ejecución de la sentencias como complemento y remate del pleito.

Sentencias y actos ejecutables. En general, las sentencias ejecutables son las que tienen el carácter de definitivas y la autoridad de la cosa juzgada, [sentencias firmes]; estando en ese mismo caso aquellos actos á los cuales la ley acuerda esa autoridad que son, como hemos visto, el convenio en la demanda, la conciliación y la transacción judicial. Pero también por disposición de la ley, se ejecutan algunas sentencias interlocutorias, como medidas de seguridad y de precaución, aunque sólo hasta dejar cumplida la medida, sin pasar adelante, como el secuestro, ó embargo de bienes, etc.

La cosa juzgada hace legalmente cierta la existencia ó no existencia de la relación jurídica que fué objeto de la controversia. *Res judicata proveritate habetur.* Mas conviene distinguir entre las sentencias susceptibles de ser atacadas por un recurso ordinario, y las que no pueden serlo sino por uno extraordinario. La autoridad de las primeras es provisoria, mientras que no sean confirmadas. La de las segundas se conserva á pesar del recurso, extraordinario, mientras no se les prive de ello por una declaratoria de casación. La ley no hace sino suspender su ejecución, interpuesto este último recurso, pero no cuando se intente el juicio de invalidación. No interpuesto y seguido, ó bien desechado, alguno de esos recursos extraordinarios la autoridad de la sentencia es definitiva é irrevocable y se llama á ésta, sentencia firme.

Extensión de la ejecutoria. La autoridad de una sentencia que reconoce en favor de una parte la existencia de la relación jurídica que fué objeto del litigio, se extiende virtualmente á todo lo que es consecuencia inmediata ó necesaria de esa relación. Por eso, la sentencia que declara á una parte, propietaria de la cosa litigiosa, le atribuye virtualmente la propiedad de los accesorios y de los frutos existentes y futuros.

Acción de lo juzgado. La que declara la existencia de una deuda ó de una obligación opera una novación en el sentido de que, para lo futuro la cosa juzgada sirva de causa á la obligación, á la cual confirma y corrobora con sus accesorios adherentes. Esa sentencia engendra una acción especial que tiene por objeto la ejecución de la condenación, acción que *Gregorio López* llama *in factum jidicati ó ex sententia.*

Prescripción de la ejecutoria. ¿Cuando se prescribe esta acción?; ó en términos más claros: ¿si el favorecido por la sentencia ejecutoriada no pide su ejecución inmediatamente y deja pasar tiempo, hasta cuándo podrá venir á solicitarla? Entre los prácticos españoles se suscitó la cuestión; y no teniendo otro norte que la conocida ley 63 de Toro, que declaraba: que el derecho de ejecutar por obligación personal se prescribía por diez años, y la acción personal y la ejecutoria dada sobre ella, por veinte; y la real ó mixta por treinta años. *Caravantes y Manresa y Reus* siguiendo á *Llamas y Molina*, resolvieron la cuestión, en su primera parte, diciendo que el derecho á usar de la vía ejecutiva era el que se prescribía por diez años; que la ejecutoria dada por acción personal, así como esta misma se prescribían por veinte años. Y la segunda parte, siguiendo á *Carleval* y al *Conde de la Cañada*, opinando que la ejecutoria la

sobre acción real, se prescribía como la acción misma, por treinta años. *Manresa y Navarro* que comenta la Ley de Enjuiciamiento Civil, en mucha parte, después de sancionado el moderno Código Civil Español, resuelve la cuestión en el sentido de que la ejecutoria solo dure el mismo tiempo de la acción sobre que recayó; de modo que si la acción prescribía por treinta, por quince, por diez, por cinco, ó por tres años, ese mismo tiempo dura la ejecutoria, á partir del día en que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada.

Los franceses como lo trae *Aubry et Rau*, hablando de la autoridad de la cosa juzgada, enseñan que la *actio judicati* no se prescribe sino por treinta años, aunque se trate de una condenación pronunciada en virtud de una acreencia sometida á una prescripción más corta. Pero entre éllos la regla que da su Código Civil es que toda acción se prescribe por treinta años, sea real ó personal, como lo estatuye el artículo 2,262.

¿Cómo resolveremos nosotros la cuestión? Por una parte, no existe ninguna disposición legal sobre prescripción de la ejecutoria: por otra parte el artículo 1956 del Código Civil establece que todas las acciones reales se prescriben por treinta años, y las personales por veinte, y que el derecho de hacer uso de la vía ejecutiva se prescribe por diez años. Además, es imposible dejar de reconocer que la autoridad de la cosa juzgada, como verdad legal irrevocable ya, tiene ó debe tener más fuerza que la primitiva acción sobre la cual se libró la sentencia; causa por la cual desde Roma se tiene como generadora de una acción nueva, que, según hemos dicho, se conoce con el nombre de *actio judicati*; y en fin el artículo 361 del Código de Comercio, en su último aparte, se expresa así, hablando de la prescripción quinquenal de las letras de cambio: «cuando ocurra *condenación judicial*, ó cuando se hiciere novación sobre la deuda, será aplicable la prescripción ordinaria.» Con tales elementos opinamos, que la ejecutoria librada sobre una acción real se prescribe por treinta años, y la librada sobre acción personal por veinte, que son nuestras prescripciones ordinarias, aun cuando en este último caso la acción fuese de las que tienen prescripciones más cortas; pues estas no son las ordinarias, sino verdaderamente excepcionales. ¿De otro modo no se desconocería la mayor fuerza de la *actio judicati*?

Autoridad de lo juzgado. La autoridad de la cosa juzgada se limita á lo que realmente ha sido decidido y establecido como verdad, y no á derechos ó aspiraciones que la decisión no ha reconocido y consagrado, y que tampoco son consecuencia inmediata y necesaria de ellas. Así, una sentencia ejecutoriada que establece la validez y eficacia de una hipoteca, ó que aprueba el embargo de una cosa mueble, no atribuye al acreedor la propiedad de la finca hipotecada ni de la cosa embargada.

Dificultades en la ejecución. Las dificultades y cuestiones que suscitan las partes en la ejecución, puede y debe el Juez resolverlas estableciendo el verdadero alcance ó extención de la condenación, y aun fijando el sentido dudoso de algunas de las declaratorias de la sentencia. Paro no puede, so pretexto de error, hacer ninguna modificación en el fallo; ni so pretexto de una omisión, agregar ninguna disposición nueva; ni so pretexto de oscuridad, hacer más gravosa la condenación, ni extenderlas á cosas extrañas á lo que realmente se litigó y sentenció. Para tales decisiones no puede el Juez emplear otros elementos que la sentencia misma y las pretensiones de las es que á ella se contrajeron, atendiendo á los considerandos de la primera os fundamentos de la segunda. Esas resoluciones, que ya no son de mera ición, ó de pura tramitación, como sobre cualquier punto nuevo procedente, liscutido y fallado en el pleito, son apelables en ambos efectos, pues que la Ley de Casación, aun pueden dar lugar á este recurso.

ultad del Juez. Lo único que es permitido al Juez de la ejecución, se- autores, es subsanar algún error material manifiesto; pero esto, cuan- isma sentencia contiene los elementos para la rectificación, como una

suma ó una resta equivocada en el cuerpo de la sentencia. A nuestra solicitud, se rectificó, en la ejecución de una decisión que ordenaba el desembargo de una finca, y retenía en secuestró otras, un error de pluma en el nombre de una de ellas, cometido en la parte dispositiva, y que aparecía manifiesto por el texto claro de la parte motiva. Con ello no se alteró en manera alguna el fallo, ni la autoridad de la cosa juzgada, sino por el contrario se acató la verdad tal cual era en realidad.

Excepciones. Respecto de las excepciones que extinguen la obligación, y que según el artículo 1200 de nuestro Código Civil son: el pago, la novación, la remisión, la compensación, la confusión, la pérdida de la cosa debida, la anulación, la rescisión, el efecto de la condición resolutoria y la prescripción; ¿podrán oponerse en la ejecución?

Como la verdad y la buena fé han de ser el norte en todo asunto, y con mayoría de razón en lo relativo á lo judicial, nos parece que no puede darse una solución á esta cuestión, sin entrar en ciertas distinciones. Si la ejecución no se sigue inmediatamente á la sentencia ejecutoriada, sino que por cualquier causa ó motivo se deja pasar tiempo bastante para que hayan podido llegar á entenderse las partes, se está indudablemente en una situación distinta, de la que se tendría en el caso de que la ejecución siguiese inmediatamente. No puede negarse que una y otra cosa pueden suceder, como se ve con frecuencia. Si lo primero, ¿por qué no poder alegar uno de esos medios de extinción, si es superveniente? Y de dónde partiría esa superveniencia, ¿desqués de pasado el momento en que debió y pudo alegarse en el juicio, ó después de la ejecutoria? Si el medio de extinción de la obligación ocurrió durante el juicio, era natural y procedente que se hubiese alegado en el curso de aquel como avenimiento pactado; y del hecho de haberlo omitido nace una presunción contraria al que pretenda alegarlo. La justicia quedaría justificada al negar la entrada á la excepción, como tardía. Pero si ocurrió después de la ejecutoria, esa misma justicia exigiría que fuese atendida, y que fuese aclarado el punto, desde luego que ha pasado tiempo bastante para que las partes se entendiesen. Algunas de ellas estaria obrando de mala fé, y se hace preciso averiguarlo, para que sean la verdad y la justicia las que triunfen.

Pero si la ejecución sigue inmediatamente á la ejecutoria, sólo sería eficaz un avenimiento de las partes, usando de cualquiera de los medios aludidos. De otro modo, se despreciaría la cosa juzgada, y vendría á renovarse el juicio terminado. Habrá que desechar la excepción, salvo lo que diremos.

Pago y compensación. Sólo dos excepciones hacemos á esa doctrina general; y son, el pago y la compensación que se equipara al pago, cualquiera que sea el tiempo en que se hayan verificado, bien sea antes del pleito, bien sea después de la contestación en que no se pudieron ó no se quisieron oponer, haciendo reservas, bien después de la ejecutoria; siempre que las circunstancias del caso concurran á hacer admisible la excepción. La razón que tenemos es, que el fin de la ejecutoria no es otro que el pago de la cosa ó cantidad debidas: y el pago puede ser hecho hasta por un tercero, según el artículo 1202 del Código Civil, aun ignorándolo el deudor; y la compensación se efectúa de derecho en virtud de la ley, y aun sin conocimiento de los deudores, en el momento mismo de la existencia simultánea de las dos deudas, que se extinguen recíprocamente por las cantidades concurrrentes», conforme al artículo 1253 del citado Código. ¿Es acaso imposible que un amigo del deu sabiendo que lo han demandado ó se preparan á demandarlo, haga el p en su nombre sin subrogación, antes, en el curso del juicio, ó después la ejecutoria? Es acaso imposible que el mismo deudor lo haya hecho de que se le condenó definitivamente, poniendo á su orden un depósito tuviera hecho como seguridad, ó de algún otro modo?

¿Y no es posible también, que un deudor haya tenido que recoge pagaré del acreedor, de que era fiador, antes de la ejecutoria misma?

lo es tampoco, que ese deudor haya heredado un crédito líquido contra su deudor, y se le haya dado la posesión durante el pleito ó después de concluído? ¿Porqué desechar tales excepcíones, sin averiguar la verdad, en una incidencia que se abra al efecto? ¿Porque obligarla á pagar dos veces, si en verdad lo tiene hecho ya?

A juicio de *Mauresa y Reus* y de *Caravantes*, la excepción de pago no puede admitirse sino cuando este haya sido hecho después de la ejecutoria, y nó antes; alegando que entonces no se contradice la verdad de la cosa juzgada, y por el contrario se acata, demostrando haberle dado cumplimiento.

Fuzier Herman, en su obra Código Civil anotado, publicado reciente [1894 á 1898] dice, en su tratado De la Compensación, Tomo III número 25. «Más generalmente, la compensación, que hace las veces de pago, puede ser opuesta en cualquier estado de la causa, y aun después de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada». Y cita á *Pothier*, *Obligat* número 604; á *Merlin*, *Rep.* compend. § 1 número 5; á *Duranton* Tomo 12, números 459 y 460; á *Tullier* Tomo 6 número 1388; á *Desjardins* números 105 y 125; *Aubry et Rau* Tomo 4 pag. 236, § 328; *Larombière*, sobre el artículo 1290 número 2. Y en el número 51 dice: «Bajo otro punto de vista, la jurisprudencia no es muy rigurosa en la práctica sobre esta cuestión de *liquidité*; ella concede que la compensación entre dos deudas líquidas, se extiende á deudas fáciles de liquidar, ó más bien, una deuda fácil de liquidar se reputa líquida en lo relativo á la compensación». Y cita sentencia de París de 13 de Mayo de 1830, á *Mérlin*, á *Tullier*, á *Laurent* y *Colmet de Santerre*: doctrina que confirma en los números 53, 54, 55 y 56, citando varias sentencias de casación.

Falsedad de la ejecución. Los dichos *Mauresa y Reus* y *Caravantes* creen que la falsedad de la ejecutoria [como su prescripción] puede ser opuesta en la ejecución. Y es natural; porque si hay motivo para dudar de su verdad, y si se han dejado pasar tantos años, se hace preciso indagar la verdad respecto de la eficacia de la cosa juzgada.

Incidencia. Cuando se hiciere oposición á la ejecución, se decidirá como incidencia, sin término probatorio, si el fundamento alegado es de aquellos cuya dilucidación no requiere sino el exámen de la sentencia misma y las actas del proceso en que se libró, y la aplicación de las disposiciones del procedimiento del caso. Entonces las apelaciones no pueden oírse sino en un sólo efecto. Pero si el fundamento alegado es de aquellos que necesitan prueba de los hechos, como pago, compensación, falsedad de la ejecutoria, existencia de tercería que paralice la ejecución, recurso de casación anunciado y formalizado legalmente, ó algún otro, debe concederse el término de ocho días para pruebas y poder decidir. Entonces las apelaciones han de oirse en ambos efectos, pues que la materia pudiera llegar á dar lugar á casación, según hemos visto.

¿Pueden proponerse recusaciones en la ejecución de la sentencia definitiva? En rigor, conforme á la ley sobre recusaciones, no son admisibles; ya porque estas son incidencias del juicio, que quedó concluido por sentencia definitiva que es materia de la ejecución; ya porque la misma ley fija el término en que pueden proponerse tales incidencias, que quedó pasado des- d que se procedió al fallo definitivo; ya, en fin, porque nó habiendo que d lir, sino cumplir la ley sobre la ejecución, no debe darse ocasión para r dos, pues cumple á la justicia, para que sea perfecta y eficaz, llevar á ej ción lo decidido. Por equidad se ha acostumbrado admitir recusaciones e a ejecución sólo cuando ha habido necesidad ineludible de abrir alguna a lación para poner en claro algún punto de discusión sobre la ejecución m indispensable para llevarla á cabo. Y entonces, no pueden ser cau-

sales para ellas, sino las que se refieran á tener interes directo en la ejecución misma, y á la amistad íntima ó á la enemistad con la parte ejecutante ó con su abogado ejecutante. Por lo mismo que la ley no dispone sobre tales ejecuciones, si se negase alguna vez, no se habrá incurrido en ninguna infracción legal.

Establecidas las dontrinas generales que preceden, pasemos al estudio de los artículos insertos.

Tribunal de la ejecución. Toca ejecutar la sentencia al Juez á quien corresponde el conocimiento del asunto en primera instancia: al Tribunal que dictó esa sentencia, si es unipersonal. Si es colegiado, al que sustanció el juicio, que es su presidente. Del mismo modo toca á ellos efectuar los actos que tienen fuerza ejecutoria, que, como hemos dicho, son el convenio en la demanda y la conciliación ó transacción judicial. Así ha sido siempre; porque es natural que los jueces superiores, á quienes sólo toca rever lo hecho por el inferior, no sean quienes se entiendan en tales cosas, Es el del primera instancia, el Juez natural de los ciudadanos, el que está más en contacto con ellos, y debe conocer mejor el territorio de su jurisdicción, el más apto para los actos que requiere la ejecución de un asunto de que tiene conocimiento desde su principio.

Sentencias arbitrales. Si la sentencia es arbitral, corresponde al Juez que, si no se hubiese sometido á árbitros el asunto, debiera haber conocido de él en primera instancia, esto es, al que hubiera sido el competente, según las reglas de la competencia, y que tiene que serlo para los actos posteriores que le encomienda la ley.

Pero el artículo agrega, « salvo convención en contrario »; lo cual quiere decir, salvo el pacto de las partes respecto de la ejecución del laudo arbitral. ¿Y tienen aquellas completa libertad para dar poder de ejecución á quien quieran? Si el juicio es de arbitradores, amigables componedores, en que los interesados pueden separarse del procedimiento legal, pensamos que bien podrían escoger un ejecutor que llenase mejor el propósito que tuvieron. Pero si el laudo es de árbitros de derecho, creemos como nuestro *Sanojo* que no tienen tal libertad. El Código Civil consagra el principio de que no pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia se interesan el orden público y las buenas costumbres. Las leyes sobre jurisdicción *ratione materiæ* son de orden público, y lo son también las relativas á la jurisdicción por la *cuantía*, á nuestro juicio. El convenio de las partes sobre Juez ejecutor, no puede, por tanto, traspasar esos límites; y dar, verbigratia, poder de ejecución en un asunto civil, á un Juez de Comercio, á uno del Crimen, á una Corte Superior ó Suprema, etc. Pero por lo mismo, y ya que la ley hace la salva, creemos que las partes pudieran encomendar la ejecución á un Juez competente por la materia y la cuantía, de otro territorio distinto del del domicilio, por ejemplo, al de la ubicación de la cosa, al del domicilio del demandante, ó á otro de domicilio distinto, y aun al que tuviere la jurisdicción plena de la instancia, del lugar mismo del arbitramento, en asuntos de la cuantía del Juez del Distrito ó de Parroquia; porque teniendo todos esos Jueces poder legal para los actos de ejecución y otros ulteriores, y no interesándose en tales casos sino la jurisdicción *ratione personæ*, que es solo del interés de las partes, en nada infringirían la ley.

Si en un arbitramento de amigables componedores, las partes d... r
de ejecución á uno de ellos ó á un tercero, su misión es puramente a... e
y extrajudicial: y corren el peligro de que al tropezarse con resistencia ... i-
táculos, no podrán vencerlos, porque la ejecución forzosa no puede efec... e
sino por quien tiene poder público, poder dado por la ley, que se ir... y
se hace obedecer.

Sentencias extranjeras. ¿Y á quien corresponde lo ejecución de las ... i-
cias extranjeras? Como veremos oportunamente en un Título del T... I

de este Código que estudiamos, las sentencias extranjeras no tienen fuerza ni pueden ser ejecutadas en Venezuela, si el Alto Tribunal designado al efecto, no les da el pase ó *exequátur*, observando los preceptos allí establecidos para poder hacerlo. Obtenido el pase, ha de llevarse el asunto al Tribunal competente del país para la ejecución, que son: el del domicilio del ejecutado; y no teniéndolo, el de la ubicación de los bienes raíces ó donde estén los muebles, ejecutables; ó el del lugar donde deba cumplirse el contrato á que se refiera la sentencia, salvo lo dispuesto en los artículos 720, 721, 722, y 723 del Título citado.

Decreto de ejecución. Según el artículo 435 de los que estamos estudiando, luego que llegue al Tribunal del Juez ejecutor el expediente que contenga la decisión que ha de ejecutarse, ha de dictarse el decreto ordenando la ejecución. De ordinario se usa la fórmula de «guárdese, cúmplase y ejecútese lo dispuesto por el Superior; y en consecuencia ejecútese la sentencia librada en tal fecha por el Tribunal tal»: fórmula que se modifica según las circuntancias del caso.

Art. 436. El cuarto día después de librado aquel decreto se procederá á la ejecución.

Si en la sentencia se hubiere mandado entregar alguna cosa mueble ó inmueble se llevará á efecto la entrega, haciendo uso de la fuerza pública, si fuere necesario.

Si no pudiere ser habida la cosa mueble podrá estimarse su valor á petición del solicitante, procediéndose desde entonces como si se tratara del pago de cantidad de dinero.

Art. 437. Si lo condenación hubiere recaído sobre cantidad líquida de dinero, el Juez mandará embargar bienes propios pertenecintes al deudor, que no excedan del doble de la cantidad y costas por las cuales se sigue ejecución.

No estando líquida la deuda, el Juez dispondrá lo conveniente para que se practique la liquidación, con arreglo á lo establecido en el artículo 184.

Verificada la liquidación se procederá al embargo de que se habla en este artículo.

Art. 438. El Tribunal podrá comisionar á cualquier Juez competente para verificar los actos de ejecución, librando al efecto un mandamiento.

Art. 439. Caso de que haya de procederse con arreglo al artículo 437, en el mandamiento de ejecución se ordenará:

1º Que se embarguen bienes pertenecientes al deudor en cantidad que no exceda del doble del valor de la ejecución.

2º Que se depositen los bienes embargados en persona de ---ponsabilidad.

3º Que á falta de otros bienes del deudor se embargue sta la tercera parte de cualquier sueldo ó pensión de que disfrute.

Art. 440. En los casos del artículo 436, el mandamiento de cución autorizará para hacer uso de la fuerza pública á fin de ar á cabo la sentencia.

Art. 441. El mandamiento de ejecución será dirigido á cualquier Juez competente de cualquier lugar en que se encuentren bienes del deudor.

Art. 442. El mandamiento de ejecución se entregará al acreedor firmado por el Juez, refrendado por el Secretario y sellado con el sello del Tribunal para que tenga su cumplimiento presentándolo á cualquier Juez competente de la residencia del deudor ó de la situación de sus bienes.

Art. 443. Cualquiera de las partes podrá indicar al Juez, para el embargo, bienes cuyo valor cubra el doble de la ejecución, y á falta de tal indicación el Juez escogerá entre los bienes embargables del deudor los que llenen tal condición.

Caso de que los bienes del deudor sean de tal naturaleza que no pudieren hacerse tales evaluaciones, se embargará cualquiera de ellos, aun cuando su valor exceda de la cantidad de que habla este artículo.

Art, 444: Solo en los casos de quiebra, cesión de bienes ú otro en que la ley lo determine expresamente, podrá el Juez cerrar y sellar en una ejecución un establecimiento mercantil ó industrial. De lo contrario, se limitará al embargo de bienes en la cantidad prevenida en esta Sección.

ESTUDIO 121

ANTECEDENTES

Derecho Patrio.—Los artículos copiados son los 301 á 307 del Código de 1880 y 297 á 303 del de 1873. El 308 del primero que es el 304 del segundo, no se incluyó en la reforma de 1895. Vienen de los artículos 2 á 5 de la Ley única Tit. 6º del Código de 838; y también del artículo 3º, de la Ley 1ª, Tit. 7º del mismo.

Derecho Español.—*Ley 2ª, Tit. 27, Part. 3ª.* «Cumplidos deven ser los juyzios valederos en esta manera . . E si por aventura aquellos contra quienes fuesse dado el juyzio fuessen rebeldes, de manera que refertassen la entrega queriéndose amparar por fuerza, entonces deben los judgadores ayuntar omes armados é venir al lugar con ellos é cumplir su juyzio poderosamente, de manera, que la juticia venza.

Leyes 16 y 17 Tit. 30, lib II Nov. Recop.

Ley 3ª Tit 26 Part, 3ª. «En las cosas é en los bienes del dueño del pleito contra quien es dado el juyzio, se deve mandar cumplir é fazer la entrega; primeramente tomando de las cosas que fueren muebles tantas en que se pueda cumplir é pagar la quantía de la debda que es puesta en la sen[illegible] é si el mueble non abondara deven tomar de las cosas que son raiz [illegible]s que cumplan. E quando todo eso non cumplierase para fazer la en[illegible] deven entregar al vencedor de las debdas manifiestas que deben al ve[illegible] fasta que se cumpla la quantía de la sentencia . . . Mas cuando e[illegible] fuesse dado sobre cosa cierta, quien fuesse mueble ó raiz que ome [illegible] dase por suya, entonces deven cumplir el juyzio en aquella cosa n[illegible] qual natura quier sea.»

Ley 10 Tit. 28 lib. II Nov. Recop. «Mandamos que los mandamientos para hacer execusiones se den á la parte que pidiere la execusión para que usi de ella quando le pareciere; y no se puedan der ni dan á los alguaciles, si no fuere dándose, como dicho es primero á la parte, para que él de su mano los de al alguacil que quisiere; y la execución que de otra manera se hiciere sea en sí ninguna.»

DERECHO ROMANO.—« Quatuor autem sunt exequendarum sententiarum rationes: *manus militaris; missio in possessionem* bonorum; *nexus*, cui succesit *incarceratio;* dunque *pignorum capio* ».

« Manus militaris tunc locum habet quum quis in actionibus arbitrariis, puta in *rei vindicationis* judicio, rem quam penes se habet, restituere jussus est . . . . »

« Missio in possessionem bonorum debitoris latitantis, commune remedium est omnibus creditoribus; adeoque es his qui ex ocursa judicati creditoris sunt, competit . . . . »

« Supradictarum omnium antiquissima fuit *nexus;* sulicet ut judicati ne satisfacerent, in nervum ducerentur. Inde *nexi* dicebantur; item *addicti*, quia creditoribus suis addicebantur, ipsisque (salvo tamen ingenuitatis jure) servire cogebantur »

« Fuit et alia ratio exequendœ sententiœ, captis seilicet et distractis pignoribus. Hane ita exponit Callistratus. *Poth* Lib. XLII. D. Tit. I. Sec. XV.»

Esos textos dicen:

Hay cuatro maneras de ejecutar las sentencias, á saber: *la mano armada; la dación de posesión; la mise aux fers*, á la cual ha sucedido la *encarcelación;* y *la toma de prendas.*

La mano armada tiene lugar cuando se ha mandado á alguno restituir una cosa que tiene en su poder, por sentencia sobre una acción en reivindicación de la cosa.

La entrega de bienes de un deudor oculto es un remedio común á todos los acreedores, y por consecuencia á los que lo son en virtud de sentencia.

La mas antigua de todas era la *mise aux fers*, es decir, la encarcelación de los condenados, si no pagaban. Se llamaban *nexi* ó *addictis*, porque eran adjudicados á sus acreedores, de los cuales quedaban esclavos, sin perder, sinembargo su estado de hombres libres.

Había aún otra manera de ejecutar las sentencias, que consistía en tomar prendas y hacerlas vender: sobre lo cual dijo *Callistratus* . . . . . .

EXPLICACIONES

Cuando se procede. Según el artículo 436 corre un término de tres días, entre el decreto ordenando la ejecución, y el en que puede procederse á ella. Ese término tiene por objeto que la parte condenada dé voluntariamente cumplimiento á la obligación impuesta por la sentencia ó acto. Pasado ese término, la parte favorecida tiene el derecho de pedir que se proceda á ejecutar, lo cual ha de solicitar, pues el Juez no procede de oficio, ni puede saber si el obligado cumplió privadamente ó se entendió con su acreedor.

La Ley establece los diversos modos de proceder, según la condenación. ...nos enumerándolos, é indicando el procedimiento.

Entrega de inmueble. I. Si la sentencia manda entregar un inmueble de...minado, sin condición alguna, se procederá á la entrega de hecho, trasladose al lugar; y si encontrare resistencia, hará uso de la fuerza pública ...a que quede entregada á quien debe recibirla.

Pero si la sentencia ordena la entrega del inmueble, previa ó mediante la resolución ó pago de alguna cantidad, ó bien reconociendo el derecho de retención por mejoras, no puede hacerse la entrega sin que antes se consigne en el Tribunal la cantidad, ó el importe de las mejoras, si la sentencia lo fijó, y si no lo fijó, de la estimación que haya hecho ya la experticia correspondiente. Asegurado el dinero con la consignación, entonces, se le entrega al que ha de recibirlo, y al otro se le entrega la cosa, ó bien, lleva el dinero el obligado á entregarlo, al acto mismo de la entrega de la finca; y allí cada cual recibe lo que le corresponde.

Entrega de mueble. II. Si la sentencia ordena la entrega de cosa mueble determinada, sin condición alguna, se ordena al obligado que la presente en el Tribunal á la hora que se designe: si lo hace, la recibe allí el favorecido; y si no lo hace se buscará en donde, según los informes, debe estar, y al encontrarse se hace la entrega de ella, aún usando de la fuerza pública, si necesario fuere. Por supuesto, que no se pueden hacer allanamientos, sino llenando todas las formalidades prevenidas en la Ley sobre la materia. Si no se lograre encontrar la cosa, la Ley dá al favorecido el derecho de solicitar que sea estimada, y hecha la estimación se procederá desde entonces como si se tratara del pago del dinero.

No dice la Ley como se hace esa estimación; pero nos parece justo que la haga el favorecido mismo ya que va á quedar privado de la cosa; y caso de oposición ú objeción, se manda hecer por una experticia, en que se oiga á ambos interesados.

Si la entrega ordenada por la sentencia, fuere de cosa mueble que ha de escogerse entre varias, se mandará la exhibición de todas para la elección, que ha de hacerse conforme á la sentencia, caso de silencio de ésta, conforme al contrato ó á la Ley. Se usará de la fuerza, si fuere preciso, para la exhibición de las cosas; y si no se encontraren, se hará la estimación según la calidad de la cosa que pudiera escogerse: y hecha, se procederá como en el caso de condenación en cantidad líquida, lo mismo que en el del párrafo anterior.

Obligación de hacer y de no hacer? III. Si lo que la sentencia dispone es hacer ejecutar alguna obra ó trabajo, ó por el contrario obliga á no hacer, el Tribunal obrará, según los casos, de conformidad con los artículos 1186 y 1187 del Código Civil. En la práctica se ha acostumbrado que se elija un perito en la obra, que se trata de ejecutar, que ese perito forme previamente un presupuesto detallado, antes de proceder; y que aprobado el presupuesto, por su montante se ejecute al obligado, si voluntariamente no lo consignare. Caso de objeciones al presupuesto, el Juez decide lo que vea justo. Y si el caso fuere de indemnización de daños y perjuicios por haber contravenido á una obligación de no hacer, se obra conforme el artículo 184 de este Código de Procedimiento; y por la cantidad que quedare fijada se siga la ejecución contra el deudor.

Cantidad ilíquida. IV. Si el fallo condenare á pagar cantidad ilíquida, como intereses de un pagaré ó de una cuenta, se ordenará por el Juez que se haga la liquidación por el Secretario ó por un perito contador. Y en caso de tratarse de frutos, mejoras, indemnizaciones, etc., se obrará conforme al dicho artículo 184. Por la cantidad que en uno y otro caso resultare definitivamente fijada, se hará la ejecución contra el deudor.

Cantidad líquida. V. Finalmente, si la condenación fuere por cantidad líquida, el Juez mandará embargar bienes suficientes del deudor.

Debe tenerse, pues, cuidado de no embargar bienes ajenos, sino de. dor, como es natural; pues sería atentar contra la propiedad y violar l- rantías constitucionales, obrar á sabienda, de otro modo.

La regla del Juez debe ser abstenerse de llevar á cabo el embargo cosa, que manifiesta y públicamente se encuentra poseída por un terc concepto de dueño; por más que el ejecutante ó el ejecutor aleguen que e-

ne algún derecho que ejercer contra el poseedor sobre la cosa ó sus frutos. En tal caso solo sería procedente embargar el derecho cantra ese tercero, para que pueda llegar á rematarse con las formalidades legales, salvo que estando de acuerdo el ejecutante y el ejecutado, nombren á alguno que en juicio separado haga valer los derechos del deudor contra el tercero, para que el resultado se destine á pagar al ejecutante.

Mandamiento de ejecución. El Tribunal puede comisionar á cualquier Juez competente, que son los territoriales respectivo, para los actos de ejecución; librando al efecto un mandamiento de ejecución, dirigido en términos generales á cualquiera de aquellos de cualesquier lugar en que se encuentren bienes del deudor.

Ese mandamiento se encabezará á nombre de los Estados Unidos de Venezuela, expresando el Tribunal que lo libra y la sentencia ó acto para cuya ejecución se libra, y contendrá las órdenes ó autorizaciones, según los casos, como se dirá en seguida. Llevará también la fecha en que se expide, la firma del Juez, la refrendación del Secretario y el sello correspondiente.

Si se obra por cantidad líquida en el mandamiento de ejecución, se ordenará, conforme el artículo 439:

« 1º Que se embarguen bienes pertenecientes al deudor en cantidad que no exeda del doble del valor de la ejecución ».

« 2º Que se depositen los bienes embargados en persona de responsabilidad ».

« 3º Que á falta de otros bienes del deudor se embargue hasta la tercera parte de cualquier sueldo ó pensión de que disfrute ».

Si se obra para la entrega de alguna cosa mueble ó inmueble, en el mandamiento de ejecución se autorizará para hacer uso de la fuerza pública (si fuere necesario) á fin de llevar á cabo la sentencia.

El mandamiento de ejecución se entrega al ejecutante, quien lo presenta al Juez competente de la residencia del deudor ó de la situación de sus bienes.

Tanto el Juez de la causa al proceder por sí al embargo de bienes, como el ejecutor comisionado, deben tener presente las disposiciones siguientes del Código Civil sobre *Las Ejecuciones.*

Derechos personalísimos. Según el artículo 1897, los derechos y acciones del deudor sobre que puede recaer embargo, son los que pueden enajenarse ó cederse. Y esto, porque los personalísimos, como alimentos y otros, no pueden ser objeto de ejecución.

Cosas exceptuadas de embargo. Según el mismo artículo, no están sujetos á ejecución: 1º El lecho del deudor, de su cónyugue y de sus hijos: 2º La ropa de uso de las mismas personas y los muebles y enseres de que estrictamente necesiten el deudor y su familia: 3º Los libros, útiles é instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte ó industria del deudor: 4º Los dos tercios del sueldo ó pensión de que goce el deudor; y 5º El hogar constituido legalmente. Justo es todo eso; porque no es posible llevar las cosas al extre-
de que la familia del deudor quede privada de todo, y hasta de poder ga-
la vida. La Justicia tiene que ser también misericordiosa y apiadarse del des-
ido, según el sabio Rey. Inhumano sería dejar al deudor y á su familia sin lecho,
menaje, y hasta de los libros y de los instrumentos necesarios para el ejercicio
la profesión arte ó industrria; inhumanidad innecesaria, además, porque, en
estras costumbres esas cosas de uso diario, ó carecen de valor venal, ó es tan
ignificante, que sería miserable el óbolo con que contribuyesen á la solución
crédito. Sólo se acostumbra embargar lo que es de lujo, como un buen
no, espejos importantes, vagillas de plata y otras cosas por el estilo.

Beneficio de competencia. También es oportuno recordar que los artículos 1926 y 1927 del Código Civil acuerdan á ciertas personas respecto de otras, el *beneficio de competencia* que consiste en el derecho del deudor de que al ejecutarlo se le deje lo necesario para vivir honestamente, según acostumbran las personas pobres de su educación. Y que de tal beneficio gozan: 1º los ascendientes respecto de sus descendientes, y al contrario: 2º los hermanos: 3º los cónyuges: 4º los ascendientes del cónyuge y los cónyuges de los descendientes: y 5º los deudores á quienes se haya admitido la cesión de bienes, aunque sea extrajudicialmente, y los fallidos que hayan sido declarados excusables, respecto de los créditos comprendidos en la cesión de bienes ó en la quiebra. Si se ha alegado y acordado el beneficio en el pleito, al hacerse la ejecución debe cumplirse lo que haya sido decidido sobre el particular excluyendo del embargo los bienes que se hayan dejado al deudor. Como sólo nos ocuparemos del procedimiento, nos abstenemos del elogio que merecen esas disposiciones de la ley, que evitan el odioso espectáculo de que la Justicia emplee su poder para dejar destituido de todo recurso á las personas que se encuentran en las condiciones que la Ley expresa. Por fortuna en Venezuela es rarísimo el caso de llegar á tales extremos; y no se encontrará abogado que tome á su cargo semejante odiosa labor.

Indicaciones sobre cosa que se embargue. El artículo 443 dice que cualquiera de las partes podrá indicar al Juez, para el embargo, bienes cuyo valor cubra el doble de la ejecución; y á falta de tal indicación que el Juez escoja entre los bienes embargables del deudor los que llenen tal condición. Y agrega que caso de no haber bienes que la llenen, se embargan cualesquiera otros, aún cuando su valor exceda de la cantidad de que se ha hablado. Quiere así, el legislador, que mientras se pueda limitar el embargo á bienes suficientes para cubrir el doble de la deuda y del costo de la ejecución, no se extienda á más; pero ante la necesidad, por no poderse hacer de ese modo, se haga el embargo de otro ú otros bienes, aunque haya exceso. Se procura, pues, como es natural, asegurar la ejecución, pero sin causar mal innecesario al ejecutado.

Cuando las dos partes han indicado bienes, no dice la Ley de Procedimiento, á cual de éllas haya de atender al Juez con preferencia; pero la que haga el ejecutado tiene la ventaja de presentar la cosa como suya, y no expone á obrar contra una ajena ó en que tenga derecho algún tercero. Sinembargo el artículo 1909 del Código Civil dispone que: « El acreedor podrá pedir que se varíe el embargo hecho con el objeto de la ejecución, de unos bienes en otros, y que se embarguen nuevos bienes además de los ya embargados, y el Juez lo decretará así, si lo creyere necesario para la eficacia de la ejecución » La disposición es terminante, y no es posible privar al ejecutante de esos derechos que le da la Ley. La mira de ésta es realizar la ejecución, y deja al Juez el poder necesario para aceptar el medio que la facilite. Nada más justo,

Acreedor hipotecario. Pero también dispone el Código Civil en sus artículos 1899 y 1900: que el acreedor hipotecario, no pueda sin el consentimiento del deudor, hacer subastar los inmuebles que no le estén hipotecados, sino cuando los hipotecados sean insuficientes para el pago de su crédito; y que para proceder á la ejecución sobre los inmuebles del deudor el acreedor no está obligado á hacer previa excusión de los bienes muebles de aquel.

Esplícase la disposición del primero de aquellos dos artículos, por el acuerdo de las partes al contratar, de garantizar al acreedor con el inmueble, to de la hipoteca; pues siendo un convenio especial, natural es que el de preste su consentimiento, cuando el acreedor quiera obrar contra otros in bles por ser insuficiente para el pago los hipotecados. Y bien pue ceder, que el deudor tenga otros acreedores, y cuente para pagarlos c otros inmuebles. El deudor puede negarse, si no cree en la insuficienci hipoteca; y entonces toca al acreedor comprobar dicha insuficiencia, p presunción es la contraria. Habrá que abrir una articulación para que tes prueben sus respecticas pretensiones.

La Ley se refiere á otros inmuebles, y los comentadores que hemos consultado nada dicen respecto de muebles. Por eso se pregunta, si dada la insuficiencia de la hipoteca, puede el acreedor proceder contra muebles, sin necesidad del consentimiento del deudor. Por la razón que hemos dado, de la existencia del pacto anterior, nos parece que no puede prescindirse del convenio del deudor, que puede combatir la pretendida insuficiencia de la hipoteca. Si se prueba esta, no parece dudoso que pueda acusar muebles, cuando puede proceder contra otros inmuebles. Cuando no hay hipoteca, se está en un caso diferente; y por eso el artículo 1900 del Código Civil establece que para proceder á la ejecución sobre los inmuebles, no necesite el acreedor hacer excusión de los muebles. No hay traba alguna y por tanto la libertad del ejecutante es completa.

Borsari opina que el mismo principio del orden de la ejecución cuando exista hipoteca convencional, se ha de observar cuando sea tácito ó legal, ó judicial, atendidos los términos generales de la disposición.

El artículo 444, final de esta primera Sección, preceptúa de modo terminante, que sólo en los casos de quiebra, cesión de bienes ú otros en que la Ley lo determine expresamente, podrá el Juez, en una ejecución, cerrar y sellar un establecimiento mercantil ó industrial. De lo contrario, agrega, se limitará al embargo de bienes en la cantidad que queda prevenida. Así se evitan abusos.

SECCION 2a

Del embargo de bienes.

Art. 445. Cuando la cosa embargada fuere un inmueble ó un derecho que tenga sobre él el deudor, el Juez participará de oficio el embargo al Registrador del Distrito en que esté situado el inmueble, procurando indicar sus linderos y las demás circunstancias que lo determinen distintamente, á fin de que se abstenga de registrar, bajo la multa de quinientos á mil quinientos bolívares y responsabilidad de los perjuicios que ocasionare la falta cometida, toda escritura que verse sobre enajenación ó gravamen de la cosa embargada.

Art. 446. Si el ejecutado ocupare el inmueble, el Juez dispondrá su desocupación, si hay temor de que el deudor abuse de la ocupación para perjudicar el derecho embargado, ó si pudiere proveer frutos que sirvan para el cumplimiento de la obligación.

Art. 447. El Juez ejecutor nombrará depositario de las cosas embargadas y se las entregará por inventario.

Pero si hubieren cosas corruptibles las mandará vender por el mismo depositario, previa estimación de un perito que nombrará el mismo Juez, en el acto de la entrega.

Art. 448. Verificado el embargo el Juez ejecutor anunciará por una vez en la parroquia en que se encuentren los bienes, la venta de éstos y el Tribunal en que se ha de verificar, observando en lo posible los artículos de la Sección 6ª; y remitirá el mismo día ó por el próximo correo, según el caso, las diligencias practicadas.

ESTUDIO 122.

ANTECEDENTES

DERECHO PATRIO.—Los artículos copiados son el 309, 310, 311 y 312 del Código de 1880, y 305, 306, 307 y 308 del de 1873, con solo la supreción de algunas palabras del penúltimo. El artículo 9º de la Ley 1ª Tit. 7º del Código de 1838 dispone el aviso por una vez en la parroquia, de la venta y del Tribunal donde ha de hacerse.

DERECHO ESPAÑOL.—Ya citamos antes las leyes españolas sobre el embargo de bienes para la ejecución.

DERECHO ROMANO.—Citamos también las leyes romanas relativas á los medios de ejecución: las demás del caso, las citaremos en el curso de estos Estudios.

EXPLICACIONES

Se embarga cosa del deudor. Ya dijimos que, entre otras cosas, el mandamiento debe autorizar para embargar bienes del deudor, que pueden ser raices ó muebles y semovientes, ó créditos ó derechos personales ó reales, y aun sueldos ó pensiones.

Precauciones respecto del inmueble embargado. Si la cosa embargada fuere un inmueble ó un derecho sobre él, del deudor, el Juez debe participar de oficio el embargo al Registrador del Distrito de la ubicación del inmueble, indicando su situacion, linderos y demás circunstancias que lo determinen distintamente, con el nombre y especie de cultivo, si es rural, y la calle, esquina, número, si es urbano; y cualquiera otra circunstancia que lo precise más; con el fin de que se abstenga de registrar toda escritura que verse sobre enajenación ó gravamen de la cosa embargada bajo la pena de quinientos á mil bolívares de multa y responsabilidad de los perjuicios que ocasionare la contravención. Como se comprende, esta precaución de la ley se funda en que es ante el Registro que pudiera el deudor cometer el abuso de otorgar cualquiera escritura de enajenación, con burla del ejecutante y de la justicia.

Si el ejecutado ocupare el inmueble el Juez dispondrá su desocupación, si puede producir frutos que sirvan para el cumplimiento de la obligación, ó si hay temor de que el deudor abuse de la ocupación para perjudicar el derecho embargado, esto es, la cosa misma ó las operaciones ó diligencias que fueren necesarias para poderla justipreciar y rematar. Lo primero tiene lugar cuando se trate de finca que está produciendo cosecha, como un ingenio, una estancia, un rebaño; pues, si se trata de una casa, como ha de darse al ocupante el término que se acostumbra para las desocupaciones por no ser justo lanzarlo á la calle, no es urgente la desocupación.

Embargo de semovientes. Si se tratare de semovientes deben dete[illegible] bien por su número, sus colores, sus hierros, el servicio que prestan [illegible] quiera otra circunstancia que conduzca á poderlas identificar. Y si de mu[illegible] se detallarán y especificarán, expresando su número, su calidad y todo [illegible] sea del caso para que queden bien determinadas.

Cosa indivisa y derechos. Y en fin, si se trata del embargo de algun[illegible]

indivisa de bienes comunes, de derechos ó de créditos, ó de sueldos ó pensiones, procederá el Juez, según los casos, á determinar el derecho, bien de condueño, bien de enfitéutico, bien de arrendador, etc, procurando que se exciba algún documento que lo precise, y notificar á los condueños, arrendatarios ú otros interesados, y á comunicar, en sus casos, al Registrador correspondiente, el embargo, para los fines ya expresados. Y si se trata de sueldos ó pensiones á notificar al que deba pagarlos. para que retenga el tercio que se embarga. Por supuesto, que el Tribunal ha de trasladarse á donde sea preciso para practicar el embargo, y hacer el inventario correspondiente, en presencia del depositario nombrado, á quien ha de ir entregando todo lo embargado. Todas las demás medidas que deba tomar, las dictará en el lugar de su despacho.

Cosa corruptible. Si hubiere entre lo embargado, alguna cosa corruptible, la ley le ordena autorizar al depositario para su venta, previa la estimación de un perito nombrado para el mismo Juez, al hacer la entrega.

Primer aviso. Practícado el embargo, el Juez ejecutor anunciará por una vez en la parroquia de la ubicación de los bienes, por carteles y por un periódico si lo hubiere, la venta que ha de hacerse de dichos bienes, ante el Juez de la causa, indicando cuales son, su naturaleza, su situación y linderos, si son inmuebles, y las demás circunstancias que los hagan conocer si son derechos, ó muebles etc. á quién pertenecen y el objeto de venta. Y remitirá el expediente de todo lo hecho al Juez comitente, el mismo día ó por el próximo correo.

SECCION 3a

De los depositarios

Art. 449. No pueden ser depositarios:

1º El ejecutante, su conyuge, sus parientes hasta el cuarto grado civil de consaguinidad ó segundo de afinidad, sus dependientes, ni sus sirvientes domésticos, sin el consentimiento expreso del ejecutado.

2º El ejecutado ni las personas que tengan con él las relaciones expresadas en el número anterior, sin el consentimiento del ejecutante.

Exceptúanse en uno y otro caso disposiciones especiales de la ley.

Art. 450. Tampoco podrán ser depositarios las personas que [illegible]n con el Juez las relaciones indicadas en los dos números anteriores, sin el consentimiento del ejecutante y del ejecutado.

Art. 451. El Juez de la causa puede nombrar otro depositario en lugar del nombrado por el Juez ejecutor.

Art. 452. El depositario es persona legítima para cobrar y percibir las rentas, alquileres, pensiones de arrendamiento, sueldos ó créditos embargados. Puede percibir y vender los frutos de la cosa depositada.

Art. 453. El depositario no debe servirse de la cosa embargada sin el consentimiento expreso de ambas partes, ni arrendarla, ni prestarla, empeñarla, como tampoco empeñar los frutos sino con autorización judicial, que no se decretará antes de trascurrir tres dias después de la solicitud, á fin de que tanto el ejecutante como el ejecutado puedan exponer lo que crean conveniente, bajo la pena de pérdida de los derechos del depósito, y de pagar los daños y perjuicios.

Sinembargo, si entre las cosas depositadas hubiere animales podrá el Tribunal mandarlos entregar á persona que se sirva de ellos por el gasto de cuido ó alimentación, á propuesta de las partes, ó en su defecto ó desacuerdo, elegida por el Tribunal.

Art. 454. El depositario presentará su cuenta dentro de seis días después del remate judicial ó dentro del plazo que le fije el Juez, bajo la pena establecida en el artículo anterior.

Mensualmente presentará un estado que demuestre la situación del depósito.

Art. 455. La cuenta se examinará por el ejecutado, y también por el ejecutante, si el precio del remate no ha sido suficiente para el pago total de su crédito.

Objetada la cuenta por ambas partes ó alguna de ellas, se seguirá el juicio de cuentas, con arreglo á la ley de la materia.

ESTUDIO 123

ANTECEDENTES

DERECHO PATRIO.—Los artículos insertos son los 313 á 319 del Código de 1880, y 309 á 315 del de 1873, con una adición en el que estudiamos al artículo 453, Nada encontramos en el Código de 1838 sobre depositarios.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 1ª Tit. 26. Lib. II. Nov. Recop.* «Mandamos que nuestras justicias deputen en cada lugar persona llana y abonada, en quien se hagan los depósitos que por su mandado se hubieren de hacer, y que la tal persona no sea escribano de la causa sobre que se hiciere el depósito, so pena . . . . . .»

DERECHO ROMANO.—Adelante encontramos disposiciones del c

EXPLICACIONES

Depositarios? Ya vimos que la ley exige que el depositario sea de responsabilidad. Ahora en los artículos 449 y 450, expresa las que, aun teniéndola, no pueden ser depositarios por falta de impa respecto de alguna de las partes interesadas. Tales son: el ejecut

ejecutante, ni el conyuge, parientes consanguineos hasta el cuarto grado ó afines hasta el segundo, dependientes ó sirvientes domésticos de uno y otro; sin el consentimiento expreso de la contraparte; y las personas que tengan con el Juez las relaciones indicadas, sin el consentimiento expreso de ambas partes, Se comprende el fin de la ley de impidir daños en la cosa misma, y dificultades ú obstáculos en la ejecución por personas ligadas por tales relaciones con alguna de las partes.

Cambio del primer depositario. El depositario nombrado por el Juez ejecutor puede ser sustituido con otro, por el de la causa, libremente. Eso es natural, ya que él es quien tiene el poder para la ejecución y el interés de que se cumpla la ley. Y como el cargo no es obligatorio, puede el nombrado no aceptarlo. Conveniente sería que el Juez oyese las indicaciones de ambas partes para el mayor acierto. En otros países hay establecimientos de depósitos y de consignación, en quienes la ley ordena depositar las cosas embargadas, así para evitar inconvenientes como para mayor garantía. Entre nosotros la suerte del depósito, especialmeute de fincas rurales ó pecuarias, depende casi siempre de las aptitudes personales del depositario y de las circunstancias locales. El Juez debe ser prudente, sin tener en mira otro objeto que el mejor resultado del depósito.

Facultades y prohibición del depositario. Como es natural, el artículo 452 da al depositario las facultades ordinarias de administración para cobrar rentas, pensiones, créditos etc., y vender los frutos de la cosa. Y el artículo 453 siguiente le prohibe servirse de ésta, sin el consentimiento expreso de ambas partes, ni arrendarla, ni prestarla, ni empeñarla, como tampoco empeñar los frutos sin autorización del Tribunal, que no dará, sino después de tres días de hecha la solicitud, para poder oir lo que las partes crean conveniente alegar. La contravención del depositario le sujeta á la pérdida de los derecho de depósito y al pago de daños y perjuicios. Es este un punto muy delicado, en que los jueces deben proceder con la mayor prudencia, oyendo y pensando lo que cualquiera de las partes alegare. Y han de tenerse presentes las disposiciones del Código Civil sobre el secuestro judicial, en que se le encomienda la conservación de lo embargado con el cuidado de un buen padre de familia; de reclamar la cosa embargada de cualquiera que la hubiese tomado sin licencia del tribunal, aun siendo una de las partes; de hacer los gastos necesarios para la conservación de la cosa y de la recolección, beneficio y realización de los frutos, sin poder comprometer éstos anticipadamente sin autorización judicial. Y es ahí precisamente donde está el peligro en el depósito de fincas rurales: hay que tomar suplementos comprometiendo los frutos, y hay que invertir aquellos con economía y acierto, para que los frutos sean de buena calidad y se realicen con provecho. Aconsejaríamos en beneficio de las partes, acompañar al depositario, como inspector, el dueño de la cosa, con un sueldo que saliese de los gastos. Hemos empleado estas medidas con algún resultado, pero por convenio de ambas partes, ya que el Juez no puede separarse de la ley.

Para proceder judicialmente el depositario, á hacer valer los derechos del deudor que hayan sido embargados, debe pedir autorización al Juez, quien oirá á las partes las cuales son las llamadas á tomar en consideración los riesgos que puedan correrse, el resultado que pudiera lograrse y la conveniencia de afrontar los gastos del pleito, De todos modos el depositario debe imponer al Tribunal de cuanto se relacione con el depósito, oportunamente, á fin de que puedan tomarse las medidas conducentes, entre las cuales pone la ley la de mandar entregar los animales que hubiere depositados á personas de depósito para servirse de ellas por el alimento y cuido, bien si lo piden las partes, bien en defecto ó desacuerdo, elegida por el Tribunal.

Cuenta del depositario. Dispone la ley que el depositario rinda la cuenta del depósito dentro de seis días después del remate, ó dentro del plazo que fijare el Juez, bajo las penas ya establecidas; así como que mensualmente presente un estudio demostrativo de la situación del depósito. Todo esto es

perfectamente correcto: el depositario debe llevar su cuenta de gastos y de entrada, y tienen interés en conocer la marcha del depósito los interesados y el mismo Tribunal, De la rendición, es cuestión de hombría de bien, que no debe dilatarse. Aquí diremos sólo que toca, examinar la cuenta rendida al ejecutado, si el precio del remate cubrió al ejecutante; y á ambos si no fué suficiente á cubrirlo. Desde que el acreedor queda pagado no tiene ya interés: el ejecutado lo tiene siempre. Si es tachada la cuenta, habrá que seguir el juicio correspondiente conforme á las disposiciones del caso, que se encuentran en el Libro III.

La facultad que la ley da al Juez de fijar plazo para la presentación de la cuenta, es para el caso de no poder hacerla dentro de los seis días, bien por la distancia bien por la necesidad, de entregar la cosa al rematador, bien por la necesidad de realizar previamente algún fruto, bien por alguna otra circunstancia que el tribunal apreciará: así como también para el caso de variación del depositario.

El Código Civil concede á éste el derecho de cobrar los derechos arancelarios de los frutos mismos ó del producto del remate de las cosas depositadas, de manera que puede incluir en la cuenta las partidas correspondientes á esos derechos. En todo caso aun podrá cobrar éstos de aquel á cuya solicitud se hizo el depósito, á reserva de cobrarlos de quien haya lugar. El saldo de la cuenta correrá á cargo de quien corresponda.

SECCION 4ª

De la oposición al embargo

Art. 456. Si al verificar al embargo ó después de practicado, hiciere oposición algún tercero, alegando ser el poseedor ó tenedor legítimo de la cosa, se suspenderá el embargo, si aquella se encontrare realmente en su poder y presentare el opositor prueba fehaciente de su derecho á poseer ó tener la cosa. Pero si el ejecutante ó el ejecutado se opusieren á la pretensión del tercero con otra prueba fehaciente, el Juez no suspenderá el embargo y abrirá una articulación por ocho días sobre el derecho á la posesión ó tenencia, decidiendo al noveno día, sin conceder término de distancia.

El Juez decidirá sobre la posesión, confirmando ó revocando el embargo; pero si resultare probado que el opositor es legítimo tenedor á nombre del deudor, ó que éste tiene sólo algún otro derecho exigible sobre la cosa, se embargará el derecho del deudor, previniendo al tenedor de entenderse con el depositario, quien usará de las acciones correspondientes contra éste, si fuere necesario.

De la decisión que recaiga sobre esta incidencia no [illegible] apelación sino en un solo efecto.

SECCION 5ª

De los efectos del embargo

Art. 457. Serán nulos el arrendamiento, el empeño y la enajenación de la cosa embargada, verificado por el deudor después de habérsele participado al Registrador el embargo, si la cosa fuere inmueble, ó después de depositada la cosa mueble; pero aquellos contratos tienen efecto si antes del remate y adjudicación el que ha contratado con el deudor ha obtenido el consentimiento del ejecutante, ó si ha consignado la cantidad porque se hace la ejecución, también antes del remate y adjudicación.

Esta disposición será sin perjuicio de lo que establecen las leyes sobre enajenaciones hechas en fraude de acreedores.

ESTUDIO 124

ANTECEDENTES

DERECHO PATRIO.—Los dos artículos copiados corresponden á los artículos 320 y 321 del Código de 1880, y á los 316 y 317 del de 1873. No hay disposición especial referente á esos dos artículos, en la Ley sobre ejecución del Código de 1838.

DERECHO ESPAÑOL. *Ley 3ª Tít. 27 Part. 3ª* «E si por aventura en cumpliendo el juizio, acaesciesse contienda sobre las cosas que tomaran para fazer la entrega, diciendo algunos que eran suyas, ó que habian derechos en ellas, é son de aquel contra quién fue dada la sentencia, entonce deve el judgador llanamente saber la verdad, si es como dicen; é si fallare que es assí, deve dexar las cosas é complir el juizio en las otras del vencido, que fallare que son sin contienda».

DERECHO ROMANO.—«Res quælibet pignori capi possunt. Et quidem etiam nomen debitoris in causa judicati capi posse, ignotum non est. L. 5. Cod. 7. 53, *de excut. rei judic. Gord.*»

«Item quid dicemus? Utrum ipsi judices convenient nomen, exigentque id quod debetur, et in causam judicati convertent; an vero vendent nomen, ut pignora corporalia solent? Et necesse est, ud quod eis facilius videatur ad rem exsequendam, hoc faciant. D. L. 15 § 10.»

«LVI. Ejus demum autem res pignori sapi possunt, quem tenet condem-[illegible].»

Hinc 1º» propter æs alienum pupilli, res tutori, qui nihil ex bonis ejus [illegible], pignori capi non oportet. L. I Cod. 4. 25 *quand fisc vel* Sever et Auton.»

Hinc 2º: si rerum quæ pignori jure captæ sunt controversia fiat, constitu-[illegible]st ab imperatore nostro, ipsos qui rem judicatam exsequuntur cognoscere [illegible]ere de propietate. Et, si cognoverint ejus fuisse, qui condamnatus est, rem [illegible]atam exsequentur.»

Textos tomados de Pothier, que dicen lo siguiente:

Puede tomarse por prenda toda especie de cosa. Y aun todo el mundo sabe que se pueden tomar por prenda, en ejecución de una sentencia, hasta las acreencias del deudor.

¿Que hemos de decir sobre la cuestión de saber si los Jueces deben perseguir el resultado de la acreencia, ó exigir el valor y convertirlo en pago de lo juzgado, ó si deben venderla como prenda material? Y es preciso decir que ellos deben hacer á este respecto lo que les parezca mas expeditivo.

LVI. No se puede tomar por prenda sino las cosas que pertenezcan al condenado.

Es por esto: 1º es necesario no tomar en prenda de las deudas del pupilo, lo que pertenece á su tutor, si los bienes del pupilo no están en poder del tutor.

Es también por eso: 2º Si hay contestación sobre la propiedad de las cosas tomadas como prendas, nuestro emperador ha decidido que los ejecutores de la cosa juzgada (1) deben conocer de esta contestación y no retenerlas para la ejecución, sino después de haber reconocido que pertenecen á la parte condenada.

EXPLICACIONES

Oposiciones al embargo. Hemos venido haciendo notar el propósito del legislador de imponer el respeto á la propiedad de terceros, diciendo y repitiendo al Juez que en la ejecución no debe embargar sino bienes del deudor. Hemos hecho notar el derecho que da la ley al tercero para oponerse al embargo de lo que él posee, en los casos de secuestro y arraigo refiriéndose en el modo de proceder al artículo que estudiamos. Ahora llamamos la atención sobre este, que consagra el mismo derecho, en los casos de embargo para la ejecución de la sentencia; y como la ley relativa al juicio ejecutivo se refiere igualmente á estas disposiciones sobre ejecución, podemos decir que también en el caso de embargo por razón de la acción ejecutiva, consagra el legislador aquel derecho de oposición del tercero para impedir el embargo de lo suyo. La ley arma, pues, á aquel con ese derecho de oposición. Pero como puede ser ineficaz porque esta se sustancia y resuelve en una breve incidencia, y puede convenir más al tercero reclamar en juicio formal, hemos visto que así mismo le da ley el derecho de ocurrir en demanda de tercería. No puede, pues, ser más eficaz el amparo de la propiedad de tercero, por parte del legislador, fuera de las disposiciones penales que sanciona contra los jueces.

Ya desde que *Sanzio* comentó en 1857 el Código de 1838 señaló y censuró los abusos de los Tribunales en esas materias; y al ocuparse de la reforma de 1873, creyó que el artículo 316 que se sancionó entonces, remediaría el mal. Desgraciadamente no ha sucedido así, no obstante haberse venido reiterando la disposición; pues los abusos no han cesado, toda vez que de poco valor son las leyes para litigantes sin escrúpulos, y para Jueces que no las quieran cumplir. Por consiguiente, preciso es insistir en la idea del respeto que merece la propiedad de los terceros; porque es ir r apropiarse de ella á litigantes, que pudieran estar hasta confabulados; e que los Tribunales se prestasen á ser intrumentos de semejantes es .

El artículo que estudiamos rige para todo caso de oposición e bargo practicado. Hemos dicho y repetimos que el norte del Ju a posesión actual: si el deudor la tiene, como dueño, no hay obstác a

(1) Comisarios nombrados para la ejecución de la sentencia.

embargarla; pero si manifiestamente la tiene un tercero, hay que respetarla, y no llevar á cabo el embargo. Conocemos dos casas pertenecientes á familias de esta ciudad, que fueron construidas ha mucho más de un siglo, que han venino pasando de padres á hijos por sucesiones intestadas, sin que los actuales poseedores sepan otra cosa sino que fueron construidas por sus antepasados, en áreas que compraron, y cuyos títulos de adquisición, no conservan. Si esa posesión más que centenaria á presencia de toda la sociedad, no fuese respetada, trabajo pasarían los poseedores de tales fincas para reclamar lo suyo, después que se lo embargasen. ¿Y quién tendría el derecho de pregutarles, dónde está su título? Tienen la condición de poseedores en concepto de dueños, que la ley respeta y manda á respetar, y eso debe bastarles. Si alguien se creyera con derecho sobre esas fincas, á él le tocaría demandar, á él le tocaría presentar el título en que fundara su pretensión. Es esto lo que dicen los los principios constitucionales y legales; y en ello no puede haber discusión.

Si desgraciadamente el poseedor no estuviese presente al acto del embargo, para hacer poner constancia de ser él quien se encuentra en la tenencia de la cosa, en calidad de dueño ó con otro derecho legítimo, y se llevare á cabo el embargo sin su oposición, podrá ocurrir luego al Tribunal para formalizarla y poder probar, nó dominio, nó propiedad, si no la tuviere, pero sí la posesión actual en virtud de un derecho incompatible con el embargo, como el mismo de dueño, el de arrendatario por contrato autentico no terminado; el de usufructuario por virtud de un testamento formal, ú otro semejante. Es la posesión con título que le da el derecho de tener la cosa, lo que ha de probar el opositor. La propiedad, la plena posesión misma, no se pueden discutir en una incidencia, sino en un juicio plenario formal. En esa incidencia no le serviría al ejecutado ni al ejecutante probar que á aquél corresponde el dominio de la cosa, sujeta á un arrendamiento ó á un usufructo debidamente comprobado, ó dada en enfiteusis, ó sobre la cual tiene el derecho de reclamar mejoras, etc.; pues, entonces el Juez lo que puede embargar es el derecho que conserva el ejecutado, para hacerlo valer después como haya lugar, según el caso; dejando al tenedor en el goce del que á el corrresponde.

Suspensión ó nó del embargo. Según el artículo que estudiamos si la oposición del poseedor está perfectamente fundada y comprobada, el Juez debe suspender el embargo, sin tardanza. Pero si el ejecutado ó el ejecutante se opusieren á la pretensión del tercero con prueba fehaciente, entonces el Juez abre una articulación por ocho días, sin término de distancia; y decide el noveno, confirmando ó revocando el embargo; pero embargando á la vez cualquier derecho exigible sobre la cosa, que resultare tener el ejecutado, previniendo al tenedor entenderse con el depositario.

Apelación de la decisión. Dispone la ley que de la decisión de la incidencia solo se oiga apelación en un solo efecto. Aunque parece duro esto para con el tercer opositor, ha de tenerse presente que se trata de la ejecución de sentencia que tiene el carácter de urgente.

Efectos del embargo. Entra después la ley á conocer los efectos del embargo, y dice: que serán nulos el arrendamiento, el empeño y la enajenación de la cosa embargada, verificados por el deudor después del depósito de las cosas muebles, ó después de habérsele participado al Registrador el embargo d[illegible] mueble. Sinembargo, agrega que tales contratos tendrán efecto si antes d[illegible] remate y adudicación el contratante con el deudor ha obtenido el con-s[illegible]miento del ejecutante, ó bien ha consignado, también antes de aquellos a[illegible] la cantidad por la cual se hace la ejecución. Todo eso, sin perjuicio d[illegible] disposiciones legales sobre enajenación en fraude de acreedores.

, son esas declaraciones de nulidad que hace la ley, para que no

queden burlada la justicia en sus determinaciones, ni el derecho del ejecutante; y justos también los medios que ella indica para poderles dar salida á los actos ejecutados, sin perjuicio para nadie. Y en fin, la salva de los derechos que puedan dar las disposiciones sobre enajenaciones en fraude de acreedor, es tan acertada como oportuna.

SECCION 6a

Anuncios del remate

Art. 458. El remate de las cosas muebles se anunciará por carteles, en tres distintas ocasiones, en tres días y por la imprenta, si en el lugar se publicare algún periódico.

Art. 459. El remate de bienes inmuebles ó de derechos sobre los mismos, se anunciará del modo indicado en el artículo anterior; pero los anuncios se harán de diez en diez días.

Art. 460. Los carteles indicarán:

1º El nombre y apellido del ejecutante y del ejecutado.

2º La naturaleza de la cosa; y si es inmeble, sus linderos y situación, expresándose si el remate versará sobre la propiedad ó sobre cualquier otro dereeho.

En el último cartel, por lo menos, se indicará además el justiprecio de la cosa, los gravámenes que ésta tenga, y el lugar, día y hora en que ha de practicarse el remate.

Art. 461. Para conocer los gravámenes, oficiará el Juez con la debida anticipación al Registrador del departamento en que está situado el inmueble, pidiéndole noticia de ellos.

Art. 262. Los carteles se fijarán á las puertas del Tribunal, y el último, por lo menos, en algún otro lugar público de la parrroquia en que resida aquél.

Se omitirá la formalidad de los dos primeros carteles si la renunciaren el ejecutado y el ejecutante.

Art. 463. Podrán ser rematadas en porciones separa[illegible] s posesiones incultas que se hayan embargado, cuando resu[illegible] í conveniente, debiendo en tal caso anunciarse en los cartel[illegible]

SECCION 7ª

Del justiprecio

Art. 464. Después de fijado el primer cartel de remate se procederá al justiprecio de las cosas embargadas, por peritos que se nombrarán uno por cada parte, asociados á un tercero que elegirán las mismas partes, ó en su defecto ó en caso de desacuerdo, el Tribunal. Los nombrados deben necesariamente poseer conocimientos prácticos de la especie de cosas que han de justipreciar y de los precios á que se venden.

Si hubiere cosas de diferente naturaleza y especie, se harán los distintos peritajes que sean necesarios, determinando el Tribunal los que correspondan á cada una, para los diversos nombramientos y demás efectos.

Art. 465. Los peritos prestarán juramento de llenar su encargo con honradez y conciencia, y en el mismo acto indicarán el término más breve dentro del cual pueden llenar su cometido.

El Juez fijará luego el día en que deben reunirse en el Tribunal para el justiprecio; y podrá apremiar con multas de cien bolívares á los no concurrentes.

Art. 466. Los peritos examinarán las cosas, juntos ó separados, tomarán en consideración las observaciones que hubieren hecho las partes; y reunidos en el Tribunal el día designado, conferenciarán juntos para acordarse en el valor que den á cada cosa, el cual será el que reuna el voto de la mayoría.

Obtenida ésta, se extenderá el acta expresando el resultado, con las principales consideraciones que hayan obrado en el ánimo de los peritos, y expresando también el voto del disidente.

Si todos estuviesen en desacuerdo, se expresará en el acta el juicio de cada uno con sus fundamentos; y el Tribunal ordenará que se proceda á nueva experticia, en la cual se observarán las formalidades que se establecen en esta Sección.

Art. 467. En la experticia el Tribunal cumplirá y hará cum- las disposiciones de los artículos 1902 y 1903 del Código il.

Art. 568 La formalidad de la experticia se omitirá, si el utado y el ejecutante convinieren ante el Tribunal en el or que deba darse á las cosas, y no se afectare con ello derecho tercero.

ESTUDIO 125

ANTECEDENTES

DERECHO PATRIO.—Los siete artículos copiados corresponden á los 322, 323, 324, 325, 326, 327 y 328 del Código de 1880; y estos con los 318, 319, 320, 321, 322, 323 y 324 del de 1873.

El artículo 89 de la Ley 1ª Tit 7 del Código de 1838 establecía el anuncio del remate por carteles y por la imprenta: la noticia del Registro sobre gravamen; y la posibilidad del deudor de renunciar la formalidad de los carteles y su término: tambien disponía ese artículo el justiprecio por peritos.

DERECHO ESPAÑOL.—*Ley 12, tit. 28 lib. XI. Nov. Recop* . . . « y por esta forma se haga la ejecucion en bienes muebles, y á falta dellos en bienes raices; y haciéndose en bienes muebles, se den los pregones por nueve dias, de tres en tres dias cada uno, y siendo en bienes raices se den tres pregones en veintisiete dias, de nueve en nueve dias cada pregon . . . »

DERECHO ROMANO.—En el estudio siguiente traeremos los textos principales romanos sobre el modo de lograr el pago.

EXPLICACIONES

Objeto de los carteles. Bien se comprende que el objeto de los carteles es hacer conocer del público la venta que va á hacerse, para procurar licitadores, á fin de que la concurrencia traiga la puja y pueda lograrse mejor precio: lo cual no se obtendría sin la publicidad. La repetición de los anuncios por carteles y por la prensa, con intervalos, hace llegar á mayor distancia y á mayor número de personas el conocimiento del remate que ha de hacerse. Y la diferencia en los intervalos de los anuncios, según sean los bienes muebles ó inmuebles, depende sin duda de la mayor ó menor importancia de las cosas, y de las mismas necesidades ó conveniencia de adquisición de los habitantes de las localidades más ó menos distantes.

Carteles. Para que los anuncios llenen todo el efecto que se desea, la ley detalla lo que deben contener.

Comienza por el nombre y apellido del ejecutante y del ejecutado. No es indiferente este dato para los que puedan ser licitadores; porque á veces se conocen más las cosas por las personas que las poseen que por informes escritos, y se juzga de los títulos con que poseen, y aun del estado de la cosa misma, y aun se pone en capacidad á los terceros de tomar los informes que desean.

Exige luego que se exprese la naturaleza del derecho de que se trata. Dato el más importante, por el cual se viene á tomar conocimiento de la cosa ó del derecho. De aquélla; porque hay que expresar, si es inmueble, su situación y sus linderos, su especie de cultivo ó de explotación, su nombre si lo tiene; y si es mueble, cual sea, si caballo de silla, tiro ó carga, vaca de leche ó de matanza, etc.; ó prenda de oro ó plata con ó sin piedras preciosas; ó mercancías ú objetos tales y cuales . . Y en cuanto al derecho, ha de expresarse si se trata de rematar un derecho de rescate de una finca que se determinará bien, urbana ó rural, ó de arrendamiento; ó de enfiteusis, etc., etc: de modo que quede bien determinada la cosa y [illegible] cho sobre ella de que se trate.

Respecto del estado y cualidad de las cosas, el que quiera se [illegible] r podrá verlas y tomar los informes que tuviere por conveniente,

En el último cartel, por lo menos, deberán indicarse además [illegible] precio, los gravámenes que tenga, y el lugar, día y hora en [illegible] e practicarse el remate.

No dice la ley que se exprese en los avisos la base del remate; pero se ha acostumbrado hacerlo, y nos parece muy conveniente.

El último cartel, á más de la publicación y de su fijación en la puerta del Tribunal, se ha de fijar también por lo menos, en algún otro lugar páblico de la residencia de aquél.

Renuncia de carteles. Pero el ejecutado y el ejecutante pueden renunciar la formalidad de los dos primeros carteles; según el Código de 1895; de suerte que sería indispensable el último. En los Códigos anteriores podían renunciarse por las dos partes todos los carteles. Sin duda el legislador consideró que, si bien ellas, como los únicos interesados y por ende dueños de convenir en lo que estimaran mejor para sus intereses, juzgasen del caso prescindir de todos los anuncios, no les era dado colocar al Tribunal en situación de asociarse á algo ilícito que consertasen entre los dos, ó al sacrificio del deudor caso de una imposición del acreedor, pues que ningún inconveniente habría en exponer al Tribunal los motivos de la renuncia. Y debió considerar también, que no se concibe un remate en que se proceda sin el menor conocimiento dado al público, y sin llamar licitadores. De suerte que no se encontraron bien atendidos los intereses generales, con dicha total renuncia. Acertada nos parece, por tanto, la limitación puesta en el Código de 1895.

Noticia sobre gravámenes. Yndica la ley el modo de obtener la noticia sobre los gravámenes que afecten la finca, que es ocurrir pidiéndolo oportunamente al Registrador respectivo, que es el de la ubicación.

Remate de posesión inculta. Si debiere rematarse una posesión inculta que pudiere dividirse en lotes para aplicaciones distintas, como para potreros de ganado mayor, ó cabrío, ó para fundaciones de cacao, cocos, café, etc., pueden ser rematadas en porciones separadas, si así lo solicitare alguna de las partes, y el Tribunal lo estimare conveniente: caso en el cual en los avisos deben determinarse los diversos lotes y demás circunstancias del caso. Pero no debén confundirse las posesiones incultas con las cultivadas, por más que tengan terrenos sobrantes.

Justiprecio. Entra luego la Ley á hablar sobre el justiprecio; y ordena cuanto hemos visto en los artículos insertos, á saber: que se haga por experticias diferentes, según la naturaleza y especie de las cosas que han de valorarse: que esas diversas experticias sean determinadas por el Tribunal asignando á cada una las respectivas cosas: que para cada una se nombren prácticos en la materia en que han de ocuparse y en los precios de venta, uno por cada parte y un tercero elegido por ellas mismas y por el Tribunal, caso de desacuerdo ó de falta de aquellas; y detalla el procedimiento de los expertos, que es el mismo establecido en la Ley sobre las experticias. Si según el acta que han de extender, hay mayoría en la fijación del precio de cada cosa, ese voto hará la ley en el caso, y el del disidente se expresará también. Pero si todos estuviesen en desacuerdo, cada uno estampará su voto con sus respectivos fundamentos; y el Tribunal ordenará que se haga nueva experticia, con todas las formalidades legales; haciendo que se cumplan las disposiciones de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil.

No se hacen, pues, ahora los justiprecios de la manera que se practicaba en tiempos pasados; ni detallando los valores de costo parte por parte; ni buscan- el precio por el capital que debiera representar al cuatro por ciento anual, endimiento líquido de la cosa productiva; sino fijando el precio de venta. ıellos dos sistemas eran injustos, á la vez que complicados y costosos. Las ıs valen, aparte su buen estado actual, por la utilidad que prestan ó que de rendir racional y prudentemente. Lo práctico es fijar el precio en que de venderse, el precio que en el mercado sea posible conseguir por ellas: cual se determina por una multitud de circunstancias que aprecian sólo las ^nas prácticas en las negociaciones de las cosas de que se trata. Los pre-

cios de las cosas fluctúan, subiendo ó bajando al influjo de aquellas circunstancias; y es preciso estar al corriente de semejantes fluctuaciones para determinarlas en épocas dadas. Verdad es que hay cosas que por estar en formación pueden no dar rendimientos de pronto, como por ejemplo una fundición de cacao, café ó cualesquiera otros frutos que probablemente exigirán más bien desembolsos para ponerlos en estado de producción: y entonces se necesitan, con mayoría de razón, personas prácticas en la materia para fijarles el valor actual, que indudablemente lo tienen. Y como puede suceder que se cometan grandes errores en una materia que pudiera causar considerables perjuicios, el Código Civil indica los remedios á que pueden apelar las partes.

Convenio sobre precio. También este Código de Procedimiento abre á las partes el camino de fijar de común acuerdo el precio de las cosas, sin otra limitación que la de no dañar derecho de tercero. Habiendo otro que tiene también interés, por ejemplo, por ser hipotecario en segundo término, y deberse pagar después del primero, podría ser perjudicado en la fijación de valor que hiciesen de acuerdo las dos partes, sin contar con él. Por eso salva la Ley el derecho del tercero.

SECCION 8a

De la subasta y venta de los bienes.

Art. 469. Cumplidas las formalidades establecidas anteriormente, se procederá en el día señalado á la venta de la cosa en pública subasta, en la sala del Tribunal que conozca de la causa ó en la de su comisionado, según lo determinare el Juez de la causa, anunciándose previamente el acto por tres veces, en alta voz, á las puertas del Tribunal.

Art. 470. Cuando los bienes muebles estén expuestos á deterioro ó sujetos á sufrir en su valor con la demora, ó si han de ocasionar gastos de depósito que no guarden relación con su valor, el Tribunal ordenará al depositario que los venda al precio corriente ó venduta, ó los sacará á remate, abreviando los términos de los anuncios ó prescindiendo enteramente de ellos, pero haciendo saber al público el día y la hora de la venta. Todo, sin perjuicio de las facultades que le confieren las disposiciones de este Título sobre objetos expuestos á corrupción, y sobre animales embargados.

Art. 471. Cuando se haya embargado más de un in... se sacarán á remate, observándose en el acto el orden que ... ciere el Tribunal, si el deudor no lo hubiere indicado.

Art. 472. Si el precio de algunos bienes vendidos ó ... dos fuere suficiente para satisfacer la cantidad á que monta ... cución, se decretará el desembargo de los demás bienes emba...

Art. 473. Al abrir el Tribunal el remate, hará leer en alta voz los carteles y las certificaciones relativas á la libertad ó gravámenes de la finca y señalará el tiempo que destinare para oir proposiciones.

Art. 474. La persona capaz para adquirir, podrá hacer posturas por sí ó por apoderado especial. No se admitirá el ejecutado como licitador.

Art. 475. Se admitirán proposiciones á plazo si el ejecutante y el ejecutado las aceptan ó si las acepta el primero, dándose por satisfecho desde luego del precio ofrecido, siempre que este precio no sea superior al crédito. Si lo fuere se requerirá también el consentimiento del que resulte interesado en el resto del precio.

Art. 476. Si la cosa que se remata fuere inmueble y en el primer acto de remate no hubiere proposición por la mitad de su justiprecio, se procederá en todo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1904 á 1908 del Código Civil.

Si para la consulta á que se refiere el artículo 1907 de dicho Código no pudieren citarse los peritos ó alguno de ellos, por ausencia, enfermedad ú otra causa, cada parte tendrá el derecho de indicar otros dos peritos, de los cuales elegirá el Juez uno por cada parte, para hacerles la consulta. El Juez suplirá la falta de cualquiera de las partes.

Art. 477. El derecho que dá al acreedor el artículo 1909 del dicho Código Civil, es sin perjuicio de lo dispuesto, respecto del hipotecario, en el 1899.

Art. 478. Si la cosa rematada fuere mueble, y no hubiere habido proposiciones por la mitad de su valor en el primer acto de remate, se sacará por segunda vez, previos los carteles y avisos legales, con la base de dos quintos; y si aun no se obtuvieren, se sacará por tercera vez, previos también los carteles y avisos del caso, con la de la tercera parte, procediéndose siempre en el acto con las formalidades que quedan establecidas.

SECCION 9a

De la consignación del precio

---

t. 479. Cuando el remate no se ha hecho á plazo, el re-
ador debe entregar el precio dentro de los tres días siguientes
que se haya hecho la adjudicación.

Art. 480. Si la cosa se adjudicare al ejecutante, este consignará solamente la parte de precio que exceda á su crédito, si por él solo se ha embargado la cosa, ó en el caso de haber otros acreedores, la parte del precio á que él no tenga derecho. En todo caso, si hubiere duda, se consignará entre tanto la parte del precio sobre que ella recaiga.

Art. 481. Si el rematador no consignare el precio en el término establecido en el artículo 479, se procederá inmediatamente á rematarla de nuevo por su cuenta.

Art. 482. El rematador quedará responsable en este caso del valor del remate, de las costas y de los perjuicios que causare.

Si el precio de la venta fuere mayor, le aprovechará al anterior rematador el exceso, tan solo para cubir la responsabilidad que le impone este artículo.

Contra el rematador se procederá para hacer efectiva su responsabilidad como si hubiese habido contra él sentencia ejecutoriada.

Art. 483. No se pondrá en posesión al rematador si no ha consignado el precio; y si el remate ha sido á plazo ó con gravámenes, si no cumple las condiciones bajo las cuales prestaron su consentimientos los interesados.

Art. 484. La copia á que se refiere el artículo 1910 del Código Civil se dará á costa del rematador.

ESTUDIO 126

ANTECEDENTES

Derecho Patrio.—Los artículos copiados coresponden á los 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, y 340 del Código de 1880; y estos son los 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 332, 334, 335 y 236 del de 1873, con algunas variaciones. El origen viene de los artículos 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18, de la Ley 1ª Tit. 7º del Código de 1838, qae establecía el mismo procedimiento pero tan diverso para el remate, pues podía ser primitivamente por lo que se ofrecía en la subasta, si así se había pactado. Conviene leer estos últimos artículos para conocer mejor los antecedentes de esta materia.

Derecho Español.—*Ley 52, lib. OI Nov. Recop* . . . «Pero cualquiera de estos sobredichos que puede fazer la vendida devela facer publicamente é non ascondida, metiendo la cosa en almoneda é faziendola pregonar. E non la deve vender fasta que sean diez días pasados: entonces devela vender al que mas diere por ella. E si por mas la vendiere de aquello que ha sobre deve lo demas tornar al señor de la cosa. E si por aventura los jue los otros oficiales ficieren vendida de las cosas ajenas de otra mane mos que non deve valer.»

Derecho Romano.—«*LX § V distrah vel addic. pignoribus.* 1.-. quœ capta sunt, si intra duos meses condemnatus non solvetit, exec trahit, ; ut initio hujus sectio vidimus».

« Hinc Autoninus: Res ob causam pudicati datos ejus jussu, cui jus jubandi fuit, pignoris jure teneri distrahi posse sœpe rescriptum est . . . L 1 Cod. 8, 23 *si in causa* ».

« Ytem Alexander Qunm in causa judicati aliqua res pignori capitur, per officium ejus qui ita de cruit, veuundari solet . . L. 2 Cod. d. tit.»

« Eninvero si pignora quœ capta sunt emptorem non inveniant, rescriptum est ab imperatore nostro et divo patre ejus, ut addicantur ipsi cui quis condemnatus es. L. 15. § 3 Ulp. de offis consul ».

« Addicantur autem, utique ea quantitate quœ debatur. Nam, si creditor maluerit pignora in creditum possidire iisque esse contentus, rescriptum est non posse cum, quod amplius si debetur petere . . . »

Estos textos dicen:

LX. El encargado de la ejecución hará vender las prendas tomadas si el condenado no ha pagado dentro de dos meses, como se vió al principio de esta Sección.

Por eso *Antonino* dice: Los rescriptos de los príncipes frecuentemente han dicho que se podía retener á título de prenda y hacer vender las cosas tomadas en virtud de la cosa juzgada.

Y dice también *Alejandro*: Cuando se ha tomado alguna cosa á título de prenda para la ejecución se acostumbra hacerla vender por los oficiales [ministeriales].

En el caso en que nadie se presente para comprar las prendas tomadas, nuestro emperador y su padre han dicho en un rescripto que deben adjudicarse al ejecutante.

Pero no se le pondrá en posesión sino hasta concurrencia de lo que se le debe. Porque si el acreedor prefiere poseer las prendas, los rescriptos dicen que no puede pedir otra cosa . . .

EXPLICACIONES

Acto de remate. Cumplidas todas las formalidades prescritas, de anuncios, justiprecio, certificación de gravámenes, fijación de lugar, día y hora para el remate, se procede en la sala del Tribunal, en audiencia pública, anunciándose el acto en alta voz por tres veces, á las puertas del Tribunal, para conocimiento de todos.

Como puede haberse dado comisión á otro Juez para llevar á cabo el remate, á ese comisionado le toca proceder como queda dicho. Al abrir el remate debe hacerse leer también en alta voz los carteles y la certificación de libertad ó gravamen; y fijar el tiempo que señala para oír proposiciones; que puede prorrogarse en caso necesario; y pasado el cual, se cierra el acto.

Si se trata de muebles expuestos á corrupción ó á deterioro por la demora, como pescado, hielo, azúcar, etc., ó bien que ocasionen gastos en el depósito que no guarden relación con su valor, como algunos animales, el [illegible]unal debe dar orden al depositario de venderlos al precio corriente ó [illegible]luta, ó los sacará á remate, abreviando ó suprimiendo el término de los [illegible]cios, pero haciendo saber al público el día y la hora de la venta.

[illegible] todo caso, si ha habido proposiciones dentro de la base fijada, se [illegible]ca la cosa al mejor postor, al cerrar el acto. Si las ha habido sin al[illegible]ar la base, deben escribirse, pero se declarará que no pueden admitirse. [illegible] ha habido postor, también se hará constar así.

Orden del remate de inmuebles Si se han embargado varios inmuebles, toca al deudor indicar el orden para el remate; y si no lo hiciere lo establecerá el Juez.

Y si en el primer acto de remate no hubiere habido proposición por la mitad del justiprecio, se procederá en adelante de la manera establecida en los artículos respectivos del Código Civil, que es ir haciendo nuevos remates, bajando la base, por varias veces, y por último para arrendamiento ó administración, siguiendo las reglas que allí se dan. Y con motivo de la consulta á que se refiere uno de los artículos de aquel Código, dice este de Procedimiento que si por ausencia, enfermedad ú otra causa no se encontraren los peritos ó alguno de ellos, las partes indicarán otros dos, de los cuales eligirá el Juez los que falten, para la consulta. Toca al Juez suplir la falta de las partes.

Proposiciones á plazo. Pueden hacerse proposiciones á plazo, pero sólo se admitirán si las aceptaren el ejecutante y el ejecutado, ó únicamente el primero, dándose por satisfecho del precio ofrecido, siempre que no exceda de su crédito; pues en caso contrario, se necesita también consentimiento del interesado en el resto del precio. Así se salva el derecho de cualquier tercero, y se puede facilitar la venta.

En el remate de cosas muebles, la base primera es de la mitad del justiprecio: si no se obtiene, en el segundo acto del remate, la base es de dos quintos; y si tampoco se logra, en el tercer acto, la base será del tercio; dándose en cada caso, los avisos correspondientes, y llenándose las formalidades prescritas.

Toda persona capaz de adquirir puede hacer posturas por sí ó por apoderado. Pero al ejecutado no puede admitirse como licitador, porque se debe presumir que carece de fondos para el efecto, quien ha dado lugar á la ejecución, y porque hay mucho de indelicado y sospechoso presentarse el mismo deudor á rematar sus propios bienes.

Desembargo de lo sobrante. Cuando el precio de los bienes rematados sea suficiente para cubrir el monto de la ejecución, se desembargarán los demás bienes que se hubieren embargado. No puede ser de otro modo, ya que el objeto del procedimiento quedó cumplido, y no se puede privar al deudor de los bienes sobrantes que no han dejado de ser suyos.

Remate de arrendamiento, etc. En cuanto á los diferentes actos de remate, y sus bases y formalidades, establecidos en el Código Civil, el Juez y las partes deben atenerse á lo preceptuado allí. Respecto del acto final para proposiciones de administración ó arrendamiento, conviene advertir solamente que entonces el ejecutado puede ser proponente, por no existir los inconvenientes anteriores y más bien existe la ventaja de tener mayor interés en cumplir, conservar la propiedad lo mejor posible y procurar salvarla para sí. También que es inconveniente y contrario á los fines que se buscan, convenir en indemnizar mejoras. Y en fin que la garantía puede ser real ó personal con tal que sea suficiente, y que sin prestarla no se debe dar posesión de la cosa al rematador.

Actas. De todo lo que se practique en todos los actos de la ejecución deben levantarse las correspondientes actas en que se ponga constancia de cuanto ha ocurrido, debiendo firmarla no sólo el Juez y Secretario sino [illegible] las partes que hayan concurrido y el rematador.

Entra después la ley á dictar las medidas para dejar cumplido [illegible] de remate; y dispone lo siguiente:

Consignación del precio. Cuando el remate se ha hecho de co[illegible] rematador debe entregar el precio dentro de los tres días siguiente [illegible] adjudicación. Por supuesto, que esa entrega debe hacerse en [illegible]

ñada y corriente de circulación legal, en la proporción que la ley fija para los pagos. Los interesados podrán convenir en aceptar billetes de Banco y cheques de los mismos, en cuyo curso no haya dificultades, ó cualquier otro medio de pago en lo que á ella toca, haciéndolo constar en el expediente.

Si el acreedor ó ejecutante fué el adjudicatario, consignará sólo el resto del precio que exeda de su crédito, de suerte que si hubiere otros acreedores, estos pueden recibir el resto ó lo que de él le toque. Si hubiere duda sobre lo que haya de recibir alguno se consignará la parte sobre que recaiga la duda. Y el precio deberá distribuirse á prorata, cada cual ha de tomar la que le corresponda, si está hecha ya la distribución, y si no lo estuviere se esperará á que se haga para determinar lo que á cada cual toque.

Nuevo remate. Si el rematador no consignare el precio dentro de los tres días fijados para verificarlo, el Tribunal ordenará que se remate de nuevo por cuenta del mismo rematador, y procederá al remate, con las formalidades que quedan antes establecidas.

Ese rematador que faltó, quedará responsable del valor del remate, esto es, del precio en que se le hizo la adjudicación, de las costas y de los perjuicios que causare; procediéndose contra él como si hubiera habido sentencia ejecutoriada. Y si en el nuevo remate el precio de la venta fuere mayor aprovecharán al rematador por cuenta del cual se ha hecho, pero sólo para cubrir aquellas responsabilidades. Caso de no dar resultado ese nuevo remate, ó ser menor el precio obtenido que el ofrecido antes, puede procederse contra bienes suyos para hacer efectivas las dichas responsabilidades.

Ese procedimiento ejecutivo inmediato, tuvo por objeto remediar abusos que solían cometerse, de presentarse alguno como postor, solo para que algún interesado en el remate le diese algo para que cesase en su propósito, ó bien para, obtenida que fuese la buena pró, buscar á quien traspasar la adjudicación con alguna utilidad; lo cual á veces no conseguía quedando todo sin efecto

Bien será advertir que en el caso de obtener mayor precio en el nuevo remate, lo que sobrare después de cubiertas las responsabilidades legales, debe pasarse al interesado á quien corresponda, y nó al rematador que faltó, ya que la ley establece que el exceso solo aprovecha á éste para cubrir su responsabilidad, y no ser justo que saque utilidad de su mal proceder.

Posesión de lo rematado. Mientras el rematador no consigne el precio del remate al contado; ó si ha sido á plazo ó con gravámenes ó ciertas condiciones, mientras no cumpla todo cuanto le fué impuesto, no se le podía poner en posesión de lo rematado.

Y pasados los términos en que debió cumplir, sin haberlo hecho, se procederá á solicitud de parte, á lo que haya lugar según el caso, conforme al Código Civil.

Título de remate. Cumplidas por el rematador todas las obligaciones que se impuso en el remate, tiene derecho á pedir que se le expida por Secretaría, copia certificada del acta de remate que le sirva de título, que deberá registrar en la oficina correspondiente respecto de los inmuebles y derechos reales, conforme el Código Civil, respecto de los documentos que necesitan ese requisito. Y aunque la Ley habla sólo del acta de remate, no hallamos inconveniente en que se incluyan en la copia, los anuncios de remate, certificaciones de gravámenes y cualquiera otra acta ó documento que solicitare.

neamiento de lo rematado. Es esta la ocasión de decir algo, sobre el sa-nto de la cosa rematada. Nuestro Código Civil sujeta al vendedor á igación del saneamiento, aún cuando no se haya expresado en el contra-Quién es este vendedor en el caso del remate? *Delvinncourt* y *Troplong* — al adjudicatorio todo recurso no sólo contra el ejecutante sino contra rematado, por la razón de que, siendo la expropiación forzada, no hay en

verdad, vendedor. Este motivo, cierto respecto del ejecutante, que no es sino provocador de la ejecución, no lo es, ó puede no serlo en todo caso, en cuanto al ejecutado, cuyo consentimiento es suplido por la intervención de la Justicia. Si á pesar de los textos de nuestras leyes, que dicen y repiten que sólo se deben embargar bienes del deudor, este deja vender sin reclamación ni protesta, bienes que no le pertenecen, comete falta, y por consiguiente, en lo que concierne á su responsabilidad para con el adjudicatorio, debe ser asimilado á un vendedor. Es esto lo que enseñan *Aubry et Rau*, citando á *Duranton*, *Carré*, *Duvergier* y *Zacariæ*, y varias decisiones de los Tribunales; y lo que enseña también *Laurent*.

Además, dicen los primeros que el adjucatorio que después de haber pagado el precio, llega á ser privado por evicción de la cosa, por el verdadero propietario, podría también repetir por la *conditione indebito vel sine causa*, las sumas entregadas á los acreedores; y en elloestán de acuerdo *Merlin*, *Favard* y otros de los autores citados. Y agregan finalmente, que la garantía del saneamiento puede exigirla el tercero á quien el adjudicatorio ha traspasado la cosa, si lo ha subrogado en aquel derecho.

El respeto á la verdadera propiedad, se impone, como una de las bases sociales. Y las circunstancias del caso serán las que sirvan de guía en ese punto sobre el saneamiento de la cosa rematada. Una protesta oportuna del ejecutado, no solamente le salvará, sí que también alejará todo licitador para adquirir una cosa que haya de dejarle expuesto á pleitos y á peligros.

APÉNDICE

Como hemos visto ya, el Libro I del Código de 1895, seguido en estos Estudios, concluyó en el artículo 237; y el sancionado después, en el 238, habiendo en este uno más que en aquél, por haberse dividido uno en dos. Este Libro II empezaba en el Código de 1895 en el *238*, concluyendo en el *484*; mientras el actual comienza en el *239* y termina en el *486*. Según eso, este último Código tiene en dicho Libro, dos artículos más que el otro. ¿Cuáles són? Son el 398 que expresamente consagra en primera instancia el derecho del Tribunal de dictar, antes del fallo, auto para mejor proveer, dentro de los límites que allí se ponen. Esta disposición es correcta, y hacía falta su expresa existencia en el Código; y el otro artículo es el que vamos á indicar.

El artículo 331 del Código de 1895 trataba de dos casos, de tachas de documentos, y disponía en ambos lo conducente. En el Código moderno se separaron los dos casos, formándose dos artículos que son el 332 y el 333; pero sin alterar la sustancia de las disposiciones; resultando de ahí el otro artículo más en este que en el otro Código. Sin duda que tal separación de casos contribuirá á la claridad.

Igual cosa aparece respecto de los Títulos: el Código de 1895 tiene seis, el último siete, debido á haberse dividido en dos el IV, que contenía dos Secciones, de vista y sentencia en primera y en última instancia.

Pero ahora nos resta ver cuales son las alteraciones sustanciales que se han hecho en la redacción de los demás artículos del Libro á que nos contraemos.

La primera con que nos encontramos es la contenida en el aparte del artículo 256 del novísimo Código, de cambiar la disyuntiva *ó* por la copulativa *y*, á fin de exigir, para la apertura á pruebas de las excepciones de inadmisibilidad, las dos condiciones de que algunas de las partes lo pida, y de que el Juez encontrare que no están de acuerdo las partes en algún hecho sustancial. En el mismo sentido de la reforma estaba redactado el articulo 264 anterior, y así se dejó en el 265 actual. Del mismo modo lo habiamos explicado en nuestros Estudios. Pero nos ocurre hoy preguntar: ¿no será más liberel la disyuntiva? ¿No se atenderá mejor á la libertad de la defensa disponiendo qua baste la solicitud de apertura á pruebas, hecha por cualquiera de las partes, para que se conceda, sin dejar al Juez la apreciación del acuerdo ó desacuerdo de las partes en algún punto de hecho? ¿No puede acaso suceder que en el plan de defensa de una parte, que no siempre es penetrado por el Juez, le haga falta la prueba de un punto que ella considere interesante? ¿Qué se perdería con eso, cuando al sentenciar tiene el Tribunal la libertad de apreciar esa prueba, y de castigar con las costas la temeridad del litigante? Somos partidarios de la libertad de la defensa, dentro de los límites racionales; y por eso nos inclinamos á la disyuntiva, en que sólo se arriesga la pérdida de unos pocos días. Es esta una simple opinión nuestra que en nada contraría lo hecho.

Mas séria encontramos la alteración que contiene el artículo 286 actual, la doctrina del 285 del Código de 1895. Vamos á copiarlos para que se e bien el alcance de la modificación, y poder estudiarla mejor.

El 286 actual dice: «Faltando el demandado al emplazamiento, ó si el pretende representarle lo hiciere con poder insuficiente ó sin las formades debidas, ó sin tener representación legítima, *se le tendrá por confeso cuanto no sea contraria á derecho la pretensión del demandante, si en el*

término probatorio no prueba que la inasistencia «FUÉ OCASIONADA POR CASO FORTUITO Ó DE FUERZA MAYOR, Ó QUE NO HA EXISTIDO NUNCA LA OBLIGACIÓN CUYO CUMPLIMIENTO SE LE DEMANDA. Si el que faltare fuere el demandante, se le admitirá al demandado su contestación, ó se le oirán sus excepciones previas ó dilatorias, conforme al artículo 252. Faltando ambas partes, se suspenderá el procedimiento hasta que el demandante vuelva á solicitar la citación del demandado.»

El artículo 285 del Código de 95, estaba concebido así:

«Artículo 285. Faltando el demandado al emplazamiento, ó si el que «pretende representarle lo hiciere con poder insuficiente ó sin las formalida- «des debidas, ó sin tener representación legítima, *se tendrá por confieso al de- «mandado, en cuanto no sea contraria á derecho la petición del demandante*, SI EN «EL TÈRMINO PROBATORIO NADA PRUEBA QUE LE FAVOREZCA. Si el que faltare «fuere el demandante, se le admiirá al demandado su contestación, ó se le oirán «sus excepciones previas ó dilatorias, confrme al artículo 251. Faltando ambas «partes, se suspenderá el procedimiento hasta que el demandante vuelva á «solicitar la citación del demandado.»

La alteracion es sin duda, trascendental, y para algunos, inconveniente. Vamos á estudiarla.

¿Con qué objeto prueba el inasistente en el término probatorio, que caso fortuito ó fuerza mayor le impidieron la concurrencia al acto? Este acto de contestación quedó sellado y la prueba se hace después; de modo que, en el término probatorio debe hacerse tal prueba, por parte del inasistente; y por parte del actor hará la que tenga á bien (si lo quiere) sobre el fondo del asunto, y contrariará aquella otra. Terminado el lapso probatorio; se entra en vista y sentencia; y, si está probado el caso fortuito, ó la fuerza mayor, no cabe otra cosa, que reponer la causa al estado de contestación. Se ha perdido, pues, inútilmente el tiempo para el actor, dando lugar la ley misma á tal inconveniente.

El hecho de que el Codigo de 1895 en la aludida disposición, nada dijera sobre caso fortuito ó fuerza mayor, no era entendido como negativa de que pudiese darse entrada á tal alegato; pues siendo principio universal de derecho el de que *ad imposibilia nemo tenetur*, y visto lo dispuesto en el artículo 382, no era posible que se desoyera al inasistente, que viniera á alegar un hecho público, notorio, de que una gran avenida de un río, precisamente á las horas en que debiera venir al Tribunal, morando la persona en el otro lado, por ejemplo, le hubiere impedido la comunicación. Pero presentada la alegación inmediatamente después de pasado el hecho, para poner en claro aquella, solo se abría una articulación de ocho días; y según el mérito de la prueba, se reponía el procedimiento al estado de nueva contestación, ó seguía su curso la causa. Por ese medio sencillo y legal, se evitaba la complicación que puede originar ahora la reforma, y se ahorraba una larga pérdida de tiempo. Esto se comprende perfectamente bien.

La otra parte, que es la exigencia de probar el inasistente *que no ha existido nunca la obligación cuyo cumplimiento se demanda*, también nos parece inconveniente. Ella obedece sin duda, á la observación errónea de *Sanojo*, de que la disposición del Código anterior hacía de mejor condición al rebelde, al permitirle probar en el término probatorio, lo que le favoreciese. El, olvidó que la confesión ficta pronunciada por el artículo, situaba al dem dado en una posición enteramente desfavorable, toda vez que su carácter demandado, que le daba la presunción de libertad de toda obligación p con el actor, y una simple negativa, aunque nada probase, le bastan para absuelto, pues que la carga de la prueba la tenía el demandante. Mient que, al dejar de asistir, según el anterior Código, tocaba á él probar lo c le favoreciere, y si nada probaba era bastante la confesión ficta para con narle. Y es esta (nos parece) la doctrina universal en la jurisprude-

pues en los mismos pueblos en que en el tipo del juicio es el oral, la inasistencia del demandado, dá á su contrario el derecho de exigir que le acuerden inmediatamente por sentencia, sus *conclusiones*, si el Tribunal las encuentra justas y legales. Y esa sentencia que se dicta no es atacable sino por apelación en unos casos, y en otros por vía de oposición; en la cual tiene él que probar los fundamentos de su oposición. Ya se ve, pues, que la variación introducida es diferente de lo que practican legalmente los pueblos.

Además, no encontramos jurídica la exigencia de la nueva disposición, de que el inasistente pruebe en el término probatorio que *no ha existido nunca la obligación* que se le demanda; porque con ello se le obligaría á un imposible, cual es, la prueba de una negativa. ¿Cómo probar eso?

Todo lo dicho nos hace opinar que la alteración hecha presenta inconvenientes, y así la juzgan otros compañeros.

Muchas reformas más se han hecho en los motes y en el texto de otros artículos, pero aunque ellas no alteran la sustancia de las disposiciones, contribuyen á mejorar el método y á la mayor precisión y claridad: nos parecen bien.

Pero creemos necesario estudiar aquí la nueva disposición, contenida en el artículo 398 del Código último, que hacía falta.

Copiémosla para mayor claridad:

« Después de terminados los informes ó de terminada la relación, si no « hubiere informes, y antes del fallo, podrá el Tribunal, si lo encontrare pro- « cedente, dictar auto de mejor proveer, en que puede acordar:

« 1º Hacer comparecer á cualquiera de los litigantes para interrogarlos « sobre algún hecho importante que aparezca dudoso ú oscuro.

« 2º La presentación de algún documento, de cuya existencia haya algún « dato en el proceso y que se juzgue necesario.

« 3º Que se practique alguna inspección ocular en alguna localidad, y se « forme un croquis sobre algunos puntos que se determinen ó bien que se « tenga á la vista un proceso que exista en algún archivo público, y se ponga « certificación de algunas actas, siempre que en el pleito de que se trata haya « alguna constancia de tal proceso y tengan relación uno con otro.

« 4º Que se practique alguna experticia, se amplie, ó aclare la que existe « en autos, sobre los puntos que fije el Tribunal.

« 5º En el auto para mejor proveer se señalará término suficiente para « cumplirlo. Contra ese auto no se admitirá recurso alguno; y cumplido que « sea, ó pasado el tiempo señalado para su cumplimiento, se oirán las ob- « servaciones de las partes respecto de las diligencias practicadas y se proce- « derá á sentenciar el asunto dentro del término legal ».

Con algunas diferencias, estas disposiciones son las que consagra la *Ley de Enjuiciamiento Civil Española*.

Vamos ahora á explicarlas.

La primera, que es hacer comparecer á cualquiera de los litigantes para interrogarlo sobre algún punto dudoso ú oscuro del proceso, no es sino la consecuencia del deber que tiene todo Juez de procurar poner en claro la ver- dad por los medios legales: si hay en efecto algún punto dudoso ú oscuro, natural es que se trate de aclararlo; y si las partes ó cualquiera de ellas pide hacerlo ¿por qué no llamarlas? Se trata del interés de ellas mismas y tam- bién del Tribunal, para el mejor acierto.

La segunda, que es la de hacer traer al proceso algún documento que juzgue necesario, y de cuya existencia haya dato en él, es también medio de aclarar la verdad; porque si ese documento se juzga necesario al efecto, natural es tenerlo presente. Pero tiene cuidado la ley de exigir que el dato de su existencia, en el proceso mismo para no dejar al arbitrio

de los Jueces el exigir algún documento que no exista y entorpecer más bien el negocio. Tendría así en sus manos un medio poderoso de ser parcial y dañar la justicia, que tiene la misión de administrar.

La tercera contiene dos partes: la primera es practicar una inspección ocular y formar un croquis sobre puntos determinados; lo cual no puede menos de contribuir á hacer comprender bien las cosas, en algunos asuntos en que los documentos no las presentan claras, como muchas veces sucede, principalmente en materia de linderos: la segunda está en el mismo caso del número anterior, pues se trata de tomar certificación de un proceso relacionado con el que está entre manos, y de que existe constancia.

Y la cuarta es, la de ordenar alguna experticia, ó que se cumpla ó aclare alguna, que exista ya, sobre los puntos que el Tribunal indique. Tan natural es esta prueba, si se cree necesario por ilustrar á los que han de sentenciar, que la medida está justificada por su mismo fin.

Quiere además el legislador, para no dejar dormir el proceso, que el tribunal fije término dentro del cual se practiquen las diligencias acordadas, y que verificadas, ó pasado el tiempo fijado, se oigan las observaciones de las partes sobre lo hecho, y se proceda á sentenciar en el término legal.

La ley declara que del auto para mejor proveer no se admita apelación. Se trata de hacer más luz en el asunto, ¿de que podría quejarse alguna de las partes?

Se habrá notado, que entre las facultades que hemos enumerado y estudiado, ninguna se refiere á la prueba de testigos; porque la hecha no se puede tocar ni se puede practicar otra de esa especie. Sería perder lo hecho, y abrir la puerta á mayores dudas; pues conocedoras las partes de los defectos é inconvenientes de las deposiciones de los testigos, buscarían la manera de enderezar las cosas, ensayando á aquéllos para desfigurar ó alterar los hechos. Con una prueba tan peligrosa, que el legislador rodea de tantas precauciones ¿cómo buscar nuevos peligros? En bastantes y graves errores ha hecho ya incurrir á la justicia para exponerse á otros nuevos.

A nuestro juicio el artículo estudiado contiene una importante medida para el procedimiento.

Nota: No queremos levantar la mano de este Apendice aun, sin rectificar la idea que emitimos al tratar de las penas legales al litigante que pidió término eñtraordinario de pruebas, y aparece culpable de haber querido sólo demorar el negocio. En el Código de 1838 la multa llegaba á la tercera parte del valor del negocio; y después vino á reducirse á la quinta parte. Sin duda las demandas en los primeros tiempos no eran tan cuantiosas; pero hoy en que se presentan algunas de centenares de miles de bolívares, se hacen notabilísimas tales multas, Y como lo que se trata de penar es el retardo de todo el negocio, con extricta justicia ha de tomarse en consideración el monto total del asunto, y no el capítulo que haya exigido la prueba extraordinaria; puesto que la paralización indebida ha comprendido todo el conjunto del asunto. Quizás la disposición á que aludimos necesita una reforma, que calcule la multa por el interés legal de la demanda, en todo el tiempo de la paralización del asunto.

Lo que decimos en este Apéndice, es en consonancia con el propósito de esta Obra, como estudio de todas las materias del Código: estudio cuyo objeto no es el de crítica, sino sólo, el de presentar al lector el resultado de nuestras meditaciones, y de las opiniones que hemos formado, después d siderar detenidamente el fin, el alcance, el verdadero sentido, -' --- probable de cada disposición, y su conveniencia ó inconveniene palabra, llenar á cabalidad é imparcialmente la misión que nos pro que no es de crítica, sino de estudio.

FIN DEL TOMO SEGUNDO.

INDICE DEL TOMO SEGUNDO

PRÓLOGO . . . . . Página I

LIBRO SEGUNDO

JUICIO ORDINARIO

TITULO I

DEMANDA, EMPLAZAMIEMTO, CONTESTACIÓN Y CONCILIACIÓN

Sección primera

DEMANDA Y EMPLAZAMIENTO

Artículos 238 á 243	Estudio 78	Página	4
« 244 á 249	« 79	«	20

Sección segunda

CONTESTACIÓN Y CONCILIACIÓN

Artículos 250 y 251	Estudio 80	Página	23

§ 1º

DE LA EXCEPCIÓN DE INADMISIBILIDAD Y OTRAS PREVIAS

Artículos 252 á 258	Estudio 81	Página	24

§ 2º

DE LAS EXCEPCIONES DILATORIAS

Artículos 259 á 261	Estudio 82	Página	28
262 á 266	« 83	«	34
267 y 268	« 84	«	35
269	« 85	«	37

§ 3º

DE LA CONTESTACIÓN AL FONDO DE LA DEMANDA

270 á 273	Estudio 86	Página	39

§ 4º
DE LA RECONVENCIÓN
Artículos 274 á 279 Estudio 87 Página 45

§ 5º
CITACIÓN DE SANEAMIENTO Y DE GARANTÍA
Artículos 280 á 282 Estudio 88 Página 54

§ 6º
PETICIÓN DE TÉRMINO EXTRAORDINARIO DE PRUEBAS
Artículo 283 Estudio 89 Página 60

§ 7º
TERMINACIÓN DEL ACTO
Artículos 284 á 286 Estudio 90 Página 62

TITULO II

PRUEBAS Y SU TÉRMINO

Sección primera
APERTURA DEL TÉRMINO PROBATORIO
Artículos 287 á 291 Estudio 91 Página 66
« 292 á 294 « 92 « 68
« 295 á 297 « 93 « 73

Sección segunda
DE LOS MEDIOS DE PRUEBA Y DE LA PROMOCIÓN
Artículos 298 á 305 Estudio 94 Página 75

Sección tercera
DE LA CONFESIÓN
Artículos 306 á 314 Estudio 95 Página 83

Sección cuarta
DEL JURAMENTO DECISORIO
Artículos 315 á 323 Estudio 96 Página 93

Sección quinta
§ 1º
DE LOS DOCUMENTOS
Artículos 324 á 327 Estudio 97 Página 99

§ 2º
DE LA TACHA DE LOS DOCUMENTOS
Artículos 328 á 330 Estudio 98 Página 114
« 331 á 333 « 99 » 122

Sección sesta
DEL JUICIO DE EXPERTOS
Artículos 334 á 340 Estudio 100 P

Sección séptima
DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL
Artículos 341 á 345 Estudio 101 1

Sección octava
DE LA PRUEBA DE TESTIGOS

§ 1º

DE LOS TESTIGOS Y DE SUS DECLARACIONES

Artículos 346 á 353	Estudio 102	Página 140
« 354	« 103	« 147
« 355 á 361	« 104	« 150

§ 2º

DE LA TACHA DE TESTIGOS

Artículos 362 á 365	Estudio 105	Página 152

TITULO III

DE LAS INCIDENCIAS SOBRE MEDIDAS PRECAUTELATIVAS Y OTRAS, Y DE LAS TERCERÍAS

Sección primera

DE LAS MEDIDAS PRECAUTELATIVAS

Artículos 366 á 368	Estudio 106	Página 156

§ 1º

DE LA PROHIBICIÓN DE ENAJENAR

Artículos 369 y 370		Página 157

§ 2º

DEL SECUESTRO

Artículo 371	Estudio 107	Página 161

§ 3º

DEL ARRAIGO

Artículos 372 á 374	Estudio 108	Página 164

§ 4º

DEL PROCEDIMIENTO

Artículos 375 á 381	Estudio 109	Página 167

Sección segunda

DE OTRAS INCIDENCIAS QUE PUDIEREN PRESENTARSE

Artículo 382	Estudio 110	Página 169

Sección tercera

DE LA TERCERÍA

Artículos 383 á 388	Estudio 111	Página 171

TITULO IV

Sección primera

DE LA VISTA Y SENTENCIA DE LA CAUSA

ículos 389 á 395	Estudio 112	Página 176

Sección segunda

DEL PROCEDIMIENTO EN SEGUNDA Y TERCERA INSTANCIA

ılos 396 á 402	Estudio 113	Página 187
403	« 114	« 188
404 á 407	« 115	« 190

TITULO V

Del Recurso de Casación

Artículos 408 á 411	Estudio 116	Página 195
« 412 á 416	« 117	« 210
« 417 á 421	« 118	« 213
« 422 á 432	« 119	« 216

TITULO VI

De la Ejecución de Sentencia

Sección primera

DISPOSICIONES GENERALES

Artículos 433 á 435	Estudio 120	Página 221
« 436 á 444	« 121	« 228

Sección segunda

DEL EMBARGO DE BIENES

Artículos 445 á 448	Estudio 122	Página 234

Sección tercera

DE LOS DEPOSITARIOS

Artículos 449 á 455	Estudio 123	Página 236

Sección cuarta

DE LA OPOSICIÓN AL EMBARGO

Artículo 456		Página 238

Sección quinta

DE LOS EFECTOS DEL EMBARGO

Artículo 457	Estudio 124	Página 239

Sección sesta

ANUNCIO DEL REMATE

Artículos 458 á 463	«	Página 242

Sección séptima

DEL JUSTIPRECIO

Artículos 464 á 468	Estudio 125	Página 244

Sección octava

DE LA SUBASTA Y VENTA DE LOS BIENES

Artículos 469 á 478		Página 247

Sección novena

DE LA CONSIGNACIÓN DEL PRECIO

Artículos 479 á 484	Estudio 126	Página 248
APÉNDICE		» 253

ERRATAS

Página	*Línea*	*Donde dice:*	*Léase*
10	28	al demandante	al demandado
46	2	contador	contendor
51	28	autoridad de citaciones	autoridad, de citaciones
60		§	§ 6º
72	44	puede ser	pueda ser
84	34	pixere	dixere
»	48	pierde	pierda
128	ultima	deba hacer podrá	deban hacerse podráu
132	penúltima	contestación	conclusión
140	30	aya	oya
»	30	dela tonar	débela tomar
»	31	enduchos	aduchos
163	2	imjusta	injusta
175	26	asociodos	asociados
»	30	peasona	persona
179	18	resolverlos	resolverlas
»	46	decit	dicit
183	34	lo hecho	la hecha
»	46	y declarar	y desechar
186	17	ó verse la causa	á verse la causa
190	12	si eso fuere	si no fuere
235	3	bien de enfitéutico	bien enfitéutico
«	20	de venta	de la venta
242	7	Anuncios del remate	Anuncio del remate
243	último artículo	568	468
248	44	solvetit	solverit
249	1	pudicati	judicati

Stanford Law Library
3 6105 063 308 378